

Les droits et obligations liés aux activités numériques

Appréhender les enjeux de la régulation des technologies de l'information et de la communication

D1-1

Le thème de la **régulation des Technologies de l'Information et de la Communication** suscite naturellement de nombreuses questions liées aux fondements mêmes de cette régulation.

- Pourquoi le thème de la régulation est-il si prégnant en matière de TIC ?
- Pourquoi la régulation a-t-elle tendance dans le domaine des TIC à compléter voire à se substituer à la réglementation ou... à la dé-réglementation ?
- Pourquoi entend-t-on si souvent dire (à tort, nous le verrons) qu'Internet est une zone de non-droit ?
- La régulation des TIC est-elle possible, opportune, nécessaire ?
- Qui peut légitimement prétendre instaurer une régulation des TIC ?
- Quels peuvent-être les acteurs de cette régulation ?
- Quelles peuvent-être les méthodes de cette régulation ?

Tels sont les enjeux de la régulation des TIC sur lesquels il convient de s'interroger.

- Le caractère très évolutif et technologique de la société de l'information semble naturellement favoriser la recherche de mécanismes rapides de résolution des conflits et **l'émergence de règles spontanées élaborées par des communautés** de techniciens. Ainsi, l'auto-régulation a présidé à la naissance et aux premiers développements du réseau Internet, dans le contexte d'une recherche de collaboration entre informaticiens, à travers l'apparition des usages de la "Netiquette", posant au juriste la question de la force obligatoire de règles à caractère éthique.

- Mais l'histoire du développement des TIC illustre également les **risques liés à la confiscation d'une régulation par des instances privées de normalisation** (telles que l'ICANN pour les noms de domaines), qui ne possèdent a priori que des compétences techniques, mais détiennent de fait un pouvoir normatif important parce qu'elles déterminent des spécificités techniques qui s'imposent aux activités liées aux TIC. Ce risque est d'autant plus important que le caractère global et dématérialisé du réseau Internet remet profondément en cause les schémas classiques d'une réglementation fondée sur la souveraineté étatique. De par son aspect ouvert, décentralisé et international, le réseau Internet contribue à une diffusion de mécanismes de régulation par des associations et organismes internationaux.

- Pour proposer une **voie intermédiaire entre trop d'Etat et trop de liberté, des mécanismes de co-régulation** visant à maintenir un équilibre entre l'auto-régulation et la réglementation de l'Etat ont été recherchés. En France, le Forum des droits sur l'Internet joue ainsi un rôle de médiation entre acteurs publics et privés de l'internet. Il constitue l'exemple de la co-régulation "à la française".

- Par ailleurs, **une tradition nationale** a également favorisé le développement **d'autorités administratives indépendantes** chargées de réguler, de manière sectorielle, certains modes de communication (l'audiovisuel, l'informatique, les communications électroniques...). A ce contrôle par des autorités administratives indépendantes sectorielles (CSA, CNIL, ARCEP, HADOPI), se superpose un contrôle économique des activités liées aux TIC.

- La **régulation économique des TIC** s'avère particulièrement importante s'agissant d'un secteur économique très concurrentiel et très concentré. Elle est assurée à la fois par l'Autorité de la concurrence et par la commission européenne, dans des conditions souvent difficiles, la définition des marchés pertinents se révélant toujours délicate dans le secteur des nouvelles technologies (évolution rapide des situations).

- Ainsi co-existent différents modèles de régulation des TIC sur lesquels il convient de s'interroger, afin de mieux cerner les enjeux liés à la régulation des TIC.

Nous vous proposons d'aborder les thématiques suivantes :

- La régulation des TIC en question(s)
- Les enjeux institutionnels de la régulation des TIC
- Les enjeux sociaux de la régulation des TIC
- Les enjeux économiques de la régulation des TIC
- Les enjeux techniques de la régulation des TIC

Section 1. La régulation des TIC en question(s)

Voici les **trois questions fondamentales** sur lesquelles nous vous proposons de réfléchir :

- Pourquoi réguler les TIC ?
- Doit-on réguler les TIC ?
- Comment réguler les TIC ?

§1. Pourquoi réguler les TIC ?

Attention : Pourquoi les TIC mettent-elles à l'épreuve les règles de droit ?

Les TIC ne sont pas un espace de non-droit.

- Contrairement à ce qui est souvent prétendu, Internet n'est pas une zone de non-droit. Il est plutôt une zone de "trop plein" de droit(s). C'est ce que nous vous proposons de découvrir grâce à une vidéo d'une interview de *Maître Frédéric Sardain*, avocat au barreau de Paris, dans le cadre de l'interview réalisée pour le C2i métiers du droit le 11 septembre 2009.

- Les TIC sont un espace de mise à l'épreuve de la règle de droit classique, appelant une réflexion renouvelée sur la normativité dans un monde en réseaux. Pour appréhender les enjeux de la régulation des TIC, il est important de comprendre en quoi les mutations des TIC mettent à l'épreuve les règles juridiques classiques.

Les TIC mettent à l'épreuve les règles de droit, parce qu'elles soulèvent de délicats problèmes :

- d'application des règles dans le temps
- d'application des règles dans l'espace
- de conception des normes

A. Les TIC mettent à l'épreuve la règle de droit dans le temps

1. Les TIC et le processus législatif

Alors que le développement technologique est de plus en plus rapide, le processus législatif est lent et complexe.



La production législative dans le domaine des TIC se révèle délicate car elle implique la maîtrise de problèmes techniques, difficiles à appréhender, derrière lesquelles se dissimulent des enjeux importants (intérêts économiques et politiques liés à la société de l'information). Le processus législatif en matière de régulation des TIC est souvent mouvementé car les questions posées suscitent au mieux des débats assez ardues, au pire des polémiques assez stériles. Après le "feuilleton" de la loi « *Droit d'Auteur et Droits Voisins dans la Société de l'Information* » (DADVSI), le feuilleton "HADOPI" (HADOPI 1, HADOPI II...) témoigne des difficultés rencontrées lors de l'élaboration de lois liées à la création sur Internet.

La production législative dans le domaine des TIC est confrontée à un risque d'obsolescence rapide du fait de l'essor et de l'évolution des nouvelles technologies. Ainsi, la LCEN (loi sur la confiance dans l'économie numérique) adoptée le 21 juin 2004 transpose une directive européenne du 8 juin 2000 (dont les travaux préparatoires commencèrent en 1998). Elle a mis en place un régime de responsabilité des fournisseurs d'hébergement sur internet, conçu avant l'avènement du Web 2.0, qui suscite de nombreuses difficultés d'application dans le contexte d'un Internet plus collaboratif. Un texte d'une dizaine d'années représente vite à l'échelle d'Internet un texte dépassé...

La législation en droit des TIC est souvent le fruit malheureux de compromis difficiles. La qualité de rédaction des textes est souvent très critiquable, ce qui entraîne des répercussions sur le processus législatif (la loi DADVSI et la loi HADOPI 1 ont été censurées par le Conseil constitutionnel) et sur le processus judiciaire (des textes confus, inutilement compliqués ou excessivement lacunaires, risquent de donner lieu à des interprétations critiquables).

Les difficultés du processus législatif en matière de TIC font l'objet d'un commentaire de *Maître Frédéric Sardain*, avocat au barreau de Paris, dans le cadre de l'interview réalisée pour le C2i métiers du droit le 11 septembre 2009.

a) Création et internet : quelques « bugs » législatifs...

La directive "Droits d'auteurs et droits voisins dans la société de l'information".



22 juin 2001 : la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information est publiée au journal officiel des communautés européennes. Elle fixe jusqu'au 22 décembre 2002 aux Etats membres pour la transposer en droit interne.

27 janvier 2005 : la Cour de Justice rend un arrêt C-59/04 condamnant la France pour manquement.

b) DADVI

Septembre 2005 : Le gouvernement déclare l'urgence et fixe l'examen du projet de loi DADVSI (Droits d'auteurs et droits voisins dans la société de l'information) aux 21 et 22 décembre 2005.

Le 21 décembre 2005, les débats commencent par un rappel au règlement. En effet, des représentants de la Fnac et de Virgin, munis de badges du ministère de la Culture, ont proposé dans l'hémicycle des abonnements aux députés pour télécharger de la musique sur leur plate-forme. Suite au rappel au règlement, ces représentants commerciaux sont invités à quitter les lieux.



Le législateur cherche à renforcer la lutte contre la contrefaçon sur internet. Après avoir envisagé le recours au mécanisme de la "licence légale" (mécanisme légalisant le téléchargement contre une rémunération forfaitaire que paierait chaque internaute en plus de son abonnement à Internet), le projet de loi prévoit d'introduire un système de riposte graduée contre le "téléchargement illégal" par l'internaute (mise en place d'un système de sanctions "graduées" contre les internautes soupçonnés de télécharger illégalement des fichiers audio ou vidéo).

Le 27 juillet 2006, le Conseil Constitutionnel déclare notamment inconstitutionnel le système qui prévoit la mise en place d'une "réponse graduée" car il n'y a pas lieu de mettre en place un système répressif distinct pour le P2P (peer to peer) par rapport à d'autres moyens d'échange de fichier (par exemple, le courrier électronique), cette disposition constituant « une rupture d'égalité injustifiée entre les auteurs d'atteintes au droit de la propriété intellectuelle, suivant que ces atteintes seraient commises au moyen d'un logiciel de pair à pair ou d'un autre moyen en ligne ».

La loi DADVSI valide le principe du recours aux MTP (mesures techniques de protection) c'est à dire le procédé des verrous numériques. La loi permet au titulaire de droits d'apposer des mesures techniques de protection, destinées à empêcher ou limiter les utilisations non autorisées d'une œuvre (art. L. 311-5 CPI), et/ou d'information, destinées à protéger les informations électroniques relatives au régime des droits (art. L. 331-22 CPI). Elle adopte le principe de l'interopérabilité des systèmes et crée une ARMT (autorité de régulation des mesures techniques) chargée de faire respecter ce principe. L'autorité de régulation des mesures techniques est une autorité administrative indépendante instituée par la loi pour concilier le bénéfice des exceptions et le respect de l'interopérabilité avec l'utilisation des mesures techniques.

c) HADOPI I

Le projet de loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet est déposé le 18 juin 2008. Le texte prévoit la création d'une Haute Autorité indépendante pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (Hadopi), chargée de sanctionner le téléchargement illégal de manière "graduée" : envoi d'avertissements, puis coupure de l'accès à Internet des internautes pris en faute.



Le 23 octobre 2008, le Gouvernement déclare l'urgence sur le projet de loi "Création et Internet". Le 2 avril 2009, après plus de 42 heures de débats houleux, l'ensemble du projet de la loi "Création et Internet" est adopté dans un hémicycle quasiment vide (seuls 16 députés étaient encore présents à l'Assemblée Nationale au moment du vote). Approuvé au Sénat, le projet de loi est, contre toute attente, rejeté à l'Assemblée Nationale (21 voix contre, 15 voix pour). Après ce vrai coup de théâtre, le processus législatif reprend et la loi est "finalement" votée.

Alors même que le projet de loi n'avait pas encore été voté, le Parlement européen avait adopté une résolution incitant les pays membres à "*éviter l'adoption de mesures allant à l'encontre des droits de l'homme, des droits civiques et des principes de proportionnalité, d'efficacité et d'effet dissuasif, telles que l'interruption de l'accès à Internet*". La CNIL (Commission nationale de l'informatique et des libertés) avait rendu un avis négatif sur le projet de loi Hadopi, estimant qu'il n'offrait pas "*les garanties nécessaires pour assurer un juste équilibre entre le respect de la vie privée et le respect des droits d'auteur*." L'ARCEP (Autorité de Régulation des Communications Electroniques et des Postes) avait également émis un avis critique sur le projet de loi.

Le Conseil constitutionnel, le mercredi 10 juin 2009, censure la partie sanction de la loi HADOPI sur la riposte graduée. Considérant qu'Internet est une composante de la liberté d'expression et qu'en droit français c'est la présomption d'innocence qui prime, le Conseil estime que c'est à la justice de prononcer une sanction lorsqu'il est établi qu'il y a des téléchargements illégaux. Les sages estiment que la suspension de l'abonnement en cas de téléchargements illégaux ne peut être prononcée que par un juge et non par une autorité administrative comme l'HADOPI. Vidée de la majeure partie de sa substance, la loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet est publiée au Journal Officiel du 13 juin 2009.

d) HADOPI II

Le projet de loi relatif à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet est déposé le 24 juin 2009. Il correspond au volet pénal de la loi Création et Internet. Le Gouvernement engage la procédure accélérée sur ce projet de loi le 24 juin 2009.



L'Assemblée nationale adopte le 22 septembre 2009, dans les conditions prévues à l'article 45, alinéa 3, de la Constitution, le texte définitif (?) du projet de loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet.

Le 28 septembre 2009, un recours devant le Conseil constitutionnel est déposé contre le projet de loi.

2. Les TIC et le processus Judiciaire

Alors que le développement technologique est de plus en plus rapide, le processus judiciaire est dans son ensemble relativement lent.

Même si les décisions rendues en référé sont nombreuses en matière de TIC, elles ne permettent pas de trancher sur le fond les questions.

Les problèmes juridiques soulevés sur le fond impliquent souvent de régler, en amont, de délicates questions de droit international (caractère transnational du réseau internet), ce qui retarde l'issue du litige (Cf : l'affaire Yahoo ci-après).



La maîtrise des qualifications juridiques est parfois délicate, car elle implique l'application de textes peu clairs (issus de compromis complexes) ou dépassés (évolution rapide des situations ne correspondant plus aux cas de figure envisagés par le législateur). La jurisprudence manque ainsi souvent de netteté.

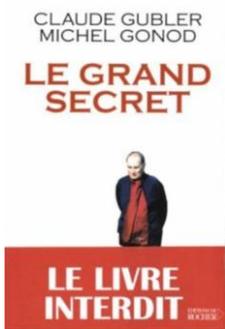
La longueur du processus judiciaire conduit souvent les parties à privilégier le recours à des modes alternatifs de règlement des litiges, notamment les mécanismes de médiation.

Les solutions jurisprudentielles dégagées paraissent souvent incertaines, fragiles ou dépassées (exemple de la jurisprudence sur les qualifications d'hébergeur ou d'éditeur appliquées au Web 2.0). Nous vous proposons une interview de *Maître Pascal KAMINA*, avocat au barreau de Paris et co-Directeur du *Magistère en Droit des TIC* (Faculté de Droit de Poitiers), sur les difficultés de qualification de fournisseur d'hébergement. Cette interview a été réalisée en juillet 2009 pour le C2i Métiers du Droit.

B. Les TIC mettent à l'épreuve la règle de droit dans l'espace

Le caractère a-territorial du réseau Internet met à l'épreuve le modèle d'une réglementation étatique fondé sur la souveraineté étatique.

1. La diffusion sur Internet du livre interdit du docteur Gubler, "Le grand secret"



Les TIC mettent en cause le modèle de la souveraineté nationale fondé sur l'existence des frontières géographiques. La logique étatique repose sur le principe de souveraineté nationale. Or, le réseau Internet présente un caractère intrinsèquement a-territorial. La puissance réduite de l'Etat sur Internet peut-être illustrée par l'affaire sur "Le grand secret" du docteur Gubler.

L'affaire Gubler remonte aux années 1995 et 1996. Alors que la justice française avait interdit la diffusion du livre du médecin de François Mitterrand, relatant la maladie et les derniers jours de la maladie du Président de la République, ce livre était en libre accès sur Internet. L'affaire donna le sentiment que l'on atteignait ici les limites de la logique du droit étatique.

La condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt du 18 mai 2004, la Cour européenne des droits de l'homme condamna la France, en estimant que l'interdiction du livre aurait dû être levée après quelques mois, au nom de la liberté d'expression. Elle observa notamment que «*non seulement cet ouvrage avait été vendu à environ 40 000 exemplaires, mais, en plus, il avait été diffusé sur Internet et avait fait l'objet de nombreux commentaires dans les médias. A ce moment-là, les informations qu'il contient avaient donc, de fait, perdu l'essentiel de leur confidentialité.*»

2. La vente d'objets nazis sur le site internet de Yahoo.fr

Les enjeux : deux conceptions différentes de la liberté d'expression.

La médiatique affaire Yahoo sur la vente d'objets nazis démontre que l'utilisation internationale d'Internet soulève de délicats problèmes de liberté d'expression liés à la diversité des législations nationales, la Constitution des Etats-Unis d'Amérique garantissant une liberté d'expression absolue (servant éventuellement les intérêts des discours raciaux, négationnistes ou violents) alors que la France défend une conception de la liberté d'expression limitée par d'autres valeurs empreintes par la défense des droits de l'homme.



Le déroulement du feuilleton judiciaire :

- Le feuilleton judiciaire qui aura duré un peu moins de six ans opposait les sociétés Yahoo ! Inc et Yahoo France à plusieurs associations dont la Ligue contre le racisme et l'antisémitisme (Licra). Celles-ci reprochaient à la société américaine de rendre accessible au public français des offres d'objets nazis aux enchères.

- Le Tribunal de grande instance de Paris, saisi par des associations françaises afin d'obtenir la fermeture du site aux enchères de Yahoo ! Inc, avait rendu une première ordonnance, enjoignant à l'entreprise américaine de «*prendre toutes les mesures de nature à dissuader et à rendre impossible toute consultation sur Yahoo.com du service de ventes aux enchères d'objets nazis et de tout autre site ou service qui constituent une apologie du nazisme ou une contestation des crimes nazis*».

- La Cour d'appel fédérale de San Francisco refusa, dans une décision au fond, d'étendre la liberté d'expression américaine au territoire français. Les associations françaises décidèrent de former un recours devant la Cour suprême qui a refusé le 30 mai 2006 d'examiner leur recours, signant "*la fin de l'affaire yahoo ?*".

C. Les TIC mettent à l'épreuve les conceptions normatives classiques

1. L'ordre juridique pyramidal à l'épreuve du réseau Internet



La construction technique de l'Internet, sa constitution décentralisée en réseaux, se concilie mal avec un ordre juridique hiérarchique tirant sa force obligatoire de sa référence à une norme juridique plus élevée (pyramide de Kelsen).

La pyramide de Kelsen est prise au piège dans la toile de l'Internet !

La régulation d'Internet s'inscrit dans la crise d'une conception moniste du droit. Elle ne peut être réduite à la seule règle de droit imposée par l'Etat.

Les modes de production des normes destinées à réguler les TIC changent : processus d'auto-régulation (régulation spontanée des usages par des communautés d'utilisateurs), de co-régulation (régulation encadrée par la puissance publique), de régulation internationale ("gouvernance" de l'Internet par des organismes techniques)...

2. La règle de droit à l'épreuve de la dématérialisation

Les technologies numériques posent la question de l'application matérielle des règles juridiques à des échanges immatériels et à des espaces abstraits (problèmes soulevés par la preuve des échanges électroniques dans le cadre du commerce en ligne, problème de l'effectivité du droit de la propriété intellectuelle dans un contexte dématérialisé).

La possibilité de dématérialiser un certain nombre d'activités conduit à ce que chaque utilisateur puisse devenir à la fois producteur et distributeur d'informations (téléchargement). Il est difficile de contrôler des flux d'informations entre des protagonistes nombreux dans un cadre où s'effacent les traditionnelles frontières entre les infrastructures (réseaux) et les services (contenus).



3. La règle de droit à l'épreuve de la convergence numérique

Les TIC se jouent d'un cloisonnement sectoriel et mettent à l'épreuve les classifications juridiques classiques. Les technologies numériques rendent de plus en plus floue la distinction entre les secteurs industriels traditionnels (radio, télévision, communications électroniques...). Aujourd'hui, un téléphone peut permettre d'écouter la radio, de regarder la télévision, de surfer sur Internet... La convergence numérique met à l'épreuve les distinctions classiques établies entre les matières juridiques (droit de l'audiovisuel, de l'informatique, des télécoms...).

Nous vous proposons une interview de *Maître Pascal KAMINA*, avocat au barreau de Paris et co-Directeur du *Magistère en Droit des TIC* (Faculté de Droit de Poitiers), sur la régulation de l'Internet. Cette interview a été réalisée en juillet 2009 pour le C2i Métiers du Droit.

§2. Peut-on réguler les TIC ?

Attention : Les hypothèses de l'impossibilité ou l'inutilité de la régulation des TIC.

Les hypothèses de l'impossibilité ou de l'inutilité de la régulation des TIC a été soutenue et continue parfois d'être soutenue, dans la continuité de l'idéal libertaire qui a présidé au développement de l'Internet. La vision libertaire considère Internet comme un territoire nouveau qui doit échapper au contrôle de régulation, un espace immatériel qui ne peut pas être appréhendé par les lois réglementant le monde physique.

Mais, **de fait, les TIC génèrent de façon informelle leurs propres modes de régulation :**

- régulation par le code informatique,
- régulation par les normes sociales,
- régulation par la "loi du marché".

A. De fait, les TIC sont déjà régulées par le code informatique

De facto, la technique concourt à la configuration des TIC et, indirectement, à leur régulation.

1. L'architecture du réseau Internet



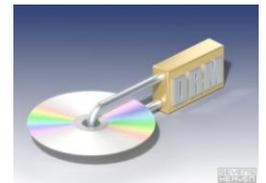
Internet n'est pas dominé par un ordinateur central mais il dépend physiquement de serveurs sources et la logique technique d'Internet impose que deux adresses ne peuvent être identiques. Une forme de gouvernance est ainsi induite par l'architecture du réseau et la gestion de ressources clefs.

Pour des raisons qui ont trait à l'histoire de l'Internet, la gestion des noms de domaines dépend aujourd'hui de l'ICANN, une organisation privée sous tutelle du Département du Commerce américain, qui centralise au niveau mondial l'attribution des adresses IP et des extensions de domaine (« .com », « .net », « .fr »...).

Techniquement, seul le gouvernement américain est actuellement en mesure d'autoriser une modification du serveur racine des noms de domaines. Il peut aussi décider d'effacer de la carte de l'Internet les ressources de pays entiers, ce qui conduit à s'interroger sur la légitimité de cette forme de régulation technique.

2. Les DRM (Digital Rights Management) ou MTP (mesures techniques de protection)

Les DRM (*Digital Rights Management systems*, mais les opposants préfèrent les désigner comme des *Digital Restriction Measures*) attestent qu'une forme de régulation technique peut interdire ou limiter l'accès à certaines œuvres.



Les MTP (mesures techniques de protection) sont des dispositifs techniques de gestion numérique de droits imposant des restrictions à l'utilisation d'une œuvre (dispositif anti-copie, dispositif restreignant le nombre de copies, MTP imposant le recours à une plate-forme exclusive d'un seul type de lecteur, dispositif d'acquisition-vérification de licences d'utilisation ...).

Ce « verrouillage numérique » démontre que la normalisation ne concerne plus seulement les fonctionnalités des supports mais de plus en plus le contrôle des usages des œuvres. Par exemple, la possibilité de mettre des puces dans des programmes musicaux afin que ceux-ci ne puissent être copiés ou utilisés au-delà d'une certaine durée implique que le public n'a plus matériellement la capacité de disposer des œuvres achetées sur l'ensemble de ses appareils de lecture ou de réaliser une copie pour des amis ou dans le cercle de famille.

B. De fait, les TIC sont déjà régulées par des codes sociaux

De fait, les comportements des utilisateurs concourent à la régulation des TIC.

1. L'élaboration de la « netiquette »



Des groupes d'utilisateurs d'Internet se sont forgé leurs propres règles, les ont formalisées dans des codes de bonne conduite. Ils ont contribué à l'élaboration de la « Netiquette » qui contribue à définir de manière globale les usages du réseau.

Certains des usages de la Netiquette ont été consacrés contractuellement ou judiciairement. En revanche, la condamnation de l'usage commercial du réseau (préconisée par ceux qui ont forgé les règles de la Netiquette) n'a pas été consacrée par la communauté des utilisateurs.

2. Le développement du commerce électronique

De manière extrêmement rapide, le développement des TIC a accompagné le développement du e-commerce.

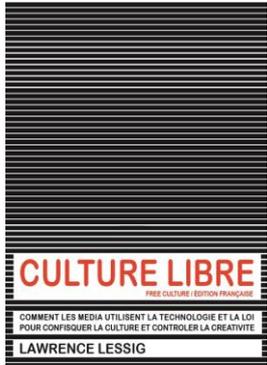
De nombreuses communautés professionnelles représentant des intérêts catégoriels (fournisseurs d'accès ou d'hébergements, moteurs de recherche, plate-formes de commerce en ligne...) ont tenté



par différents modes d'action (chartes, codes de bonne conduite...) de contribuer à la régulation des TIC pour affirmer la confiance dans le développement de l'économie numérique.

Les sites en ligne ont développé des systèmes d'attribution d'étoiles par les internautes eux-mêmes, permettant de reconnaître les vendeurs et acheteurs dignes de confiance. Tel le "power sellers" de e-bay.

3. La diffusion du mouvement du « libre »



Le mouvement du libre recouvre celui de la culture et du logiciel libre. La culture libre est un courant de pensée défendant la libre diffusion des œuvres de l'esprit par opposition aux monopoles accordés par les droits d'auteur et autres droits exclusifs. Ce courant de pensée est issu et prolonge le courant de pensée du logiciel libre.

Un logiciel libre est un logiciel dont la licence dite libre donne à chacun le droit d'utiliser, d'étudier, de modifier, de dupliquer, et de diffuser (donner, concéder des licences, vendre) le dit logiciel. Les logiciels libres constituent une alternative aux logiciels « propriétaires ». La notion de logiciel libre ne se confond pas avec celle de logiciel gratuit.

Les partisans de la culture libre s'attachent à travailler sous licence libre et/ou à utiliser des Œuvres libres. Ils peuvent s'inscrire dans plusieurs mouvances plus ou moins activistes : adeptes du "hacking", du piratage numérique ou du tout partage numérique... Le mouvement de la culture libre s'inscrit dans une réflexion politique sur les usages des TIC.

C. De fait, les TIC sont déjà régulées par la « Loi du marché »

Une forme de "régulation" économique des TIC est opérée par la « loi du marché ».

1. L'économie des TIC est à la fois très concurrentielle et très concentrée

Le caractère concurrentiel de l'économie des TIC est lié à l'innovation technique et commerciale qui caractérise ce secteur naturellement très dynamique et maintient les marchés en état de "contestabilité" permanente (les marchés peuvent évoluer très rapidement).

Il est également dû à la mondialisation des marchés et des acteurs, facilitée par les nouvelles technologies (abolition des distances géographiques par le développement du e-commerce).



Le caractère concentré de l'économie des TIC est lié aux effets de réseaux et à l'importance des acteurs historiques sur les marchés.

Les effets de réseaux s'expliquent par la présence d'économies d'échelles (importance des investissements requis), par la convergence numérique (fusion des secteurs de l'audiovisuel, de l'informatique et des télécommunications).

Les facteurs historiques sont déterminants dans l'économie des secteurs qui s'ouvrent à la concurrence (exemple de France Télécom, opérateur historique en France de la téléphonie fixe). Des opérateurs en position dominante détiennent des ressources essentielles pour l'accès à des marchés dérivés (exemple de la boucle locale détenue par France Télécom et commandant l'accès au marché de l'ADSL).

2. La standardisation occupe une place capitale dans l'économie de la communication

Le processus par lequel une innovation se transforme en un standard de fait est diffus. Il est complexe et peut s'étendre dans le temps. Mais l'apparition d'un standard de fait devenu incontournable grâce à sa diffusion universelle conduit à conférer à certains acteurs économiques une position dominante sur les marchés des TIC.

Le "cas Microsoft" (détention par Microsoft de 90% des parts de marché des systèmes d'exploitation pour PC) démontre que le risque est grand de voir des opérateurs abuser de leur position dominante sur les marchés des TIC, lorsqu'ils détiennent des "ressources essentielles" liées à l'appropriation d'un standard.

§3. Comment réguler les TIC ?

Le thème de la régulation des TIC oppose classiquement les adeptes d'un paradigme libertaire aux partisans d'un contrôle sécuritaire du réseau Internet. Il soulève des discussions liées à différentes conceptions de la liberté d'expression et des droits de l'homme, de la sphère du domaine public et du domaine privé, des rapports entre sciences et conscience... A ces enjeux d'ordre philosophique, s'ajoutent des enjeux sociaux, culturels et politiques.

A. Des enjeux philosophiques

1. La dialectique liberté/sécurité

La régulation des TIC suscite un affrontement classique entre :

- les adeptes d'un paradigme libertaire
- les partisans d'un contrôle sécuritaire du réseau

a) Les adeptes d'un paradigme libertaire :

Les adeptes d'un paradigme libertaire défendent la vision libérale ou anarchiste des créateurs de l'internet, selon laquelle le cyber-espace doit être synonyme d'anonymat et de liberté. Or, des sites internet sont susceptibles de provoquer des troubles à l'ordre public : sites se revendiquant d'une idéologie raciste, sites pédophiles, sites proposant des guides de fabrication pour toutes sortes d'engins explosifs...



b) Les partisans d'un contrôle sécuritaire du réseau :



Les partisans d'un contrôle sécuritaire du réseau défendent des impératifs liés à la protection contre des comportements déviants. Les TIC deviennent partie intégrante des politiques de sécurité utilisées pour le contrôle des déplacements des personnes et la circulation d'informations de toute nature. Elles conduisent à la constitution de larges bases de données et à une mise en relation des informations permettant de révéler l'intimité des personnes, de réaliser une cartographie de leurs activités et d'identifier les réseaux de relations tissés entre elles.

La régulation des TIC met en cause différentes conceptions de la liberté d'expression et des droits de l'homme.

- Les Etats démocratiques essaient de faire prévaloir la liberté d'expression en instaurant une protection du respect de la vie privée. Ils soulignent l'impossibilité de tout contrôler et la nécessité de promouvoir l'autorégulation par les internautes et la co-régulation avec les pouvoirs publics.



- Les dictatures essaient de limiter l'accès non seulement à certains sites mais parfois à tout le réseau. Des systèmes de filtrage sont mis en place de manière très générale sous prétexte d'empêcher la diffusion de contenus préjudiciables à autrui. Internet est utilisée par les opposants à ces régimes autoritaires comme un outil de dissidence pour lutter contre le totalitarisme.

Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009 du Conseil constitutionnel : HADOPI et la liberté d'expression



"12. Considérant qu'aux termes de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : " La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi " ; qu'en l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à

l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, ce droit implique la liberté d'accéder à ces services ; "

Le Parlement Européen, de son côté, avait voté le 10 avril 2008 une résolution qui "invite la Commission et les États membres à éviter de prendre des mesures qui entrent en contradiction avec les libertés civiles et les droits de l'Homme et avec les principes de proportionnalité, d'efficacité et de dissuasion, telles que l'interruption de l'accès à l'Internet."

2. La dialectique privé/public

Les technologies de l'information et de la communication soulèvent traditionnellement des questions liées à la répartition entre la sphère privée et la sphère publique :

- espace public/privé,
- propriété privée/publique,
- communication privée/publique,
- libertés publiques/respect de la vie privée...



a) La régulation des TIC renouvelle la réflexion sur la propriété privée et le domaine public



Le développement de solutions technologiques qui se fondent sur des systèmes propriétaires semble réduire la sphère du domaine public alors que parallèlement le développement du mouvement du logiciel libre et des licences Creative Commons semble favoriser la libre diffusion du savoir. Les atteintes au droit d'auteur se multiplient du fait du développement du "téléchargement illicite", inquiétant de fait les titulaires de droits de propriété littéraire et artistique. Au système du copyright (droit d'auteur) se superpose celui du copyleft (gauche d'auteur ou laisser copier), système appelant une réflexion renouvelée sur les droits exclusifs conférés par la propriété intellectuelle.

Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009 du Conseil constitutionnel : HADOPI et la sauvegarde de la propriété intellectuelle

13. Considérant que la propriété est au nombre des droits de l'homme consacrés par les articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789 ; que les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont connu depuis 1789 une évolution caractérisée par une extension de son champ d'application à des domaines nouveaux ; que, parmi ces derniers, figure le droit, pour les titulaires du droit d'auteur et de droits voisins, de jouir de leurs droits de propriété intellectuelle et de les protéger dans le cadre défini par la loi et les engagements internationaux de la France ; que la lutte contre les pratiques de contrefaçon qui se développent sur internet répond à l'objectif de sauvegarde de la propriété intellectuelle ;"



b) La régulation des TIC doit protéger la vie privée et préserver la communication au public



Le développement des TIC appelle une réflexion sans cesse renouvelée sur la protection due au respect de la vie privée dans le cadre de la société de l'information.

Entre la correspondance privée et la communication au public, la communication électronique brouille les frontières (courriels, mailing-listes...).

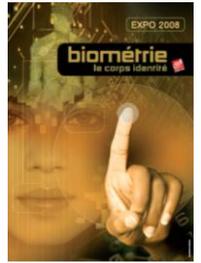
Les sites de réseaux sociaux permettent la publication de profils d'utilisateurs et de commentaires concernant ces profils. La licence offrant au site internet Facebook tous les droits pour une période illimitée sur les données personnelles de ses utilisateurs a fait grand bruit dans le monde des réseaux sociaux en ligne, de même que l'impossibilité de supprimer certaines données accessibles à tout le monde.

3. La dialectique science/conscience

L'évolution des sciences conduit à développer de nouvelles techniques de communication (biométrie, nanotechnologies, internet des objets...) qui soulèvent de nombreuses interrogations morales liées aux usages qui peuvent être faits de ces techniques. Des considérations d'ordre éthique doivent permettre de garantir que l'utilisation de ces inventions scientifiques ne sera pas dévoyée à des fins inhumaines.

a) La régulation des TIC doit traiter les problèmes suscités par le pouvoir biométrique.

Après le développement de la vidéo-surveillance, le développement d'un bio-pouvoir lié aux possibilités d'identification biométrique pose la question de la place de l'individu numérisé au sein de la société. La biométrie permet de réaliser des analyses morphologiques qui peuvent se pratiquer avec les empreintes digitales, l'iris, les réseaux veineux de la rétine, les réseaux veineux de la paume de la main, la morphologie de la main, les traits du visage, les mouvements du corps. Les usages liés aux systèmes de géolocalisation des biens et des individus dans l'espace public, au marquage des objets par des puces intelligentes et communicantes suscitent également des interrogations liées à la sécurité de l'homme numérisé.



b) La régulation des TIC doit anticiper les problèmes suscités par le développement des nanotechnologies.



Les nanotechnologies rassemblent l'ensemble des disciplines qui travaillent à l'échelle de l'atome ou de la molécule, (soit à une échelle 30 000 fois plus petite que le diamètre d'un cheveu) dans le but de créer de nouveaux matériaux ou procédés. Avec ce changement d'échelles, on ne parle plus seulement de TIC (technologies d'information et de communication) mais de NBIC (nano, bio, info, cogno). Ainsi, la nanoélectronique permettra de créer des ordinateurs et des transistors beaucoup plus puissants et une multitude d'autres applications industrielles ou grand public actuellement contrôlées par des microprocesseurs. Des biocapteurs, des biomatériaux et de nouvelles générations de biopuces permettront d'administrer des médicaments intelligents sous formes d'implants ou d'introduire de nouvelles cellules pour réparer les tissus endommagés. Les nanotechnologies soulèvent de nombreuses questions liées au principe de précaution, au droit à l'information, aux libertés publiques, ce

qui explique que récemment la Commission européenne ait décidé d'ouvrir un dialogue public sur ce sujet. La Commission ouvre un dialogue public autour des nanotechnologies en vue de réfléchir sur la façon d'en exploiter le potentiel économique et environnemental en créant des produits inoffensifs.

c) La régulation des TIC doit s'intéresser à l'IdO (Internet des objets)

L'Internet des objets est un néologisme qui désigne l'extension de l'internet à des choses dans le monde réel par la mise en place d'un environnement où les objets sont connectés et peuvent interagir entre eux ou avec l'homme : réfrigérateurs échangeant des informations avec les rayonnages des supermarchés, systèmes de détection de kilométrages parcourus pour l'assurances-auto ("Pay as you Drive insurance"), objets ludiques tels que le lapin Nabaztag...

L'IdO (Internet des Objets) implique diverses solutions techniques (RFID, TCP/IP, technologies mobiles etc.) qui permettent d'identifier des objets, de capter, stocker, traiter, et transférer des données dans des environnements physiques et des univers virtuels.

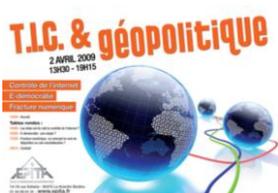
Il se présente comme un concept pluriel qui impose de repenser le rapport des objets à l'ubiquité.

La Présidence Française de l'Union européenne a consacré au thème de "l'Internet des objets" une conférence en octobre 2008.



B. Des enjeux culturels

1. La régulation des TIC suscite des questions sur la diversité culturelle et le multilinguisme



Les TIC soulèvent, du fait de la globalisation des échanges qu'elles permettent, les questions relatives à l'usage de la langue et aux dangers de la banalisation culturelle. La notion "d'exception culturelle" est mise en avant pour tenir en échec les dangers liés à la "globalisation intellectuelle", notamment à la prédominance de la culture américaine.

Paradoxalement, à côté des risques d'acculturation liés à la mondialisation et à la disparition du

multilinguisme, le développement des TIC suscite également des inquiétudes liées au risque de "balkanisation" du réseau par des communautés qui se polarisent (sectarisme) ou qui se développent de manière massive (jeux massivement multi-joueurs).

2. La régulation des TIC doit concilier respect des droits de propriété intellectuelle et diffusion de la connaissance.

Les TIC ont favorisé le développement de mécanismes de pair à pair qui ont notamment eu pour effet de faciliter la mise à disposition des œuvres sans le consentement de leurs auteurs. Certains créateurs sont inquiets de perdre les prérogatives attachées à leur monopole d'exploitation (notamment leurs droits patrimoniaux) et s'inquiètent du développement des pratiques de "téléchargement illicite".

Le public, quant à lui, a tendance à s'inquiéter de ce que les TIC multiplient le recours aux obstacles qui entravent l'accès aux contenus numériques, à la connaissance et à la culture. Il est particulièrement irrité par le développement des DRM qui gênent les utilisations qu'il peut faire des œuvres qu'il a légalement acquises.



3. La régulation des TIC au secours de la numérisation du patrimoine culturel ?



La numérisation du patrimoine culturel constitue un enjeu fondamental.

Après l'annonce du programme Google visant à numériser les documents des plus grandes bibliothèques du monde, le moteur de recherche américain s'affirme comme l'unique opérateur de ce nouveau partage des connaissances. Outre les conditions discutables dans lesquelles s'effectue cette entreprise (atteinte aux droits d'auteurs), ce monopole inquiète.

En défendant et en lançant en novembre 2008 le projet de bibliothèque numérique européenne (Europeana), la BNF (Bibliothèque Nationale de France) faisait figure de fer de lance de la résistance contre Google. Google a défendu à Bruxelles sa décision de numériser et diffuser en ligne des millions de livres, déclarant que ce projet permettrait de démocratiser l'accès à l'information sur internet. A suivre...

C. Des enjeux politiques

1. La "gouvernance" de l'Internet : l'organisation du "village planétaire".

La "gouvernance" de l'Internet englobe des questions de politique générale importantes, comme les ressources Internet critiques, la sécurité et la sûreté du réseau mondial, son développement...

Des régimes autoritaires (la Chine, l'Iran, Cuba...) souhaitent la mise en place d'un contrôle strict de l'Internet (contrôle des usages et des usagers) alors que le libre accès à Internet constitue un projet démocratique.



Derrière les enjeux politiques, se profilent des enjeux éthiques. Il s'agit de faire des réseaux un espace de civilité mondiale, un art de bien vivre ensemble, en définissant les systèmes de valeurs qui doivent prévaloir.

2. Les communautés virtuelles : des Etats hors des Etats ?



L'irruption de communautés virtuelles dans le cadre du développement de « MMORPG » (jeux de rôle massivement multijoueurs en ligne) suscite doré et déjà de nombreuses questions. Des jeux tels que World of Warcraft (qui concerne plus de 10 millions de joueurs sur la planète) ou Second Life (qui permet une seconde vie sous la forme d'un avatar dans un univers persistant) établissent des relations sociales qui interrogent les juristes, car elles développent des interactions avec le monde réel.

Par exemple, ces communautés virtuelles émettent une monnaie virtuelle (attribut classique de la souveraineté de l'Etat). Ainsi, le Linden Dollar (monnaie virtuelle utilisée dans le jeu "Second Life") peut être converti en dollars américains. La création de communautés virtuelles importantes fait parfois craindre la création d'Etats virtuels (des Etats hors des Etats). Par ailleurs, ces jeux génèrent une économie basée sur l'échange d'éléments gagnés, découverts ou achetés (armes, potions magiques, expérience...). Des biens virtuels (par exemple des personnages déjà dotés de points d'expérience ou de puissance, des maisons virtuelles...) sont vendus en ligne. Ils sont parfois commercialisés par des organisations douteuses qui exploitent dans des conditions de travail indignes (emploi de très jeunes enfants, conditions de de travail déplorables) des « fermes d'élevage » de personnages.

3. La régulation des TIC, un enjeu électoral ?

Le 7 juin 2009, le Parti Pirate suédois (PiratPartiet) a obtenu 7% des voix (20% chez les électeurs de 18-30 ans) aux élections européennes, ce qui lui assurait d'emblée une des dix-huit places suédoises au Parlement Européen.

Le Piratpartiet est un parti politique de type contestataire, fondé en 2006. Ce parti s'attache notamment à réformer les droits de la propriété intellectuelle. Le programme comprend aussi un soutien au renforcement des droits fondamentaux relatifs à la vie privée sur Internet. Le Parti Pirate est devenu en mai 2009 le troisième plus gros parti suédois en nombre de membres.

La tête de liste du Piratpartiet expliquait ainsi ses motivations : "J'ai le sentiment que la liberté sur Internet et nos libertés fondamentales sont menacées aujourd'hui et je veux faire tout mon possible pour les défendre. Ce combat se livre aujourd'hui à Bruxelles".



4. Régulation des TIC, développement équitable et durable



Le développement des TIC soulève les questions des rôles et responsabilités respectifs des acteurs des TIC dans les pays industrialisés et dans les pays en développement, de la politique d'aménagement du territoire... La régulation des TIC pose de manière sensible la question de la fracture numérique entre les pays du Nord et ceux du Sud.

Les TIC posent également des questions d'impact environnemental liés, par exemple, au phénomène du "pollupostage" (spamming). Ce phénomène est un des premiers phénomènes contre lequel la communauté des internautes a tenté de se mobiliser (tentative d'auto-régulation par la netiquette), sans succès d'ailleurs.

Un rapport, remis le 8 septembre 2009 à Christine Lagarde, ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, propose un certain nombre de mesures destinées à renforcer l'implication des technologies du numérique dans le développement durable. Le rapport « Développement Eco-responsable et TIC (DETIC) » est disponible dans son intégralité sur le site du ministère de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi.

D. Des enjeux sociaux

1. La régulation des TIC contre la fracture numérique

La régulation des TIC doit permettre d'éviter que ne se créent dans les secteurs clés de la société de l'information des distorsions de concurrence, en particulier lorsque ces distorsions sont de nature à compromettre l'accessibilité de l'Internet au plus grand nombre.

La régulation des TIC devrait permettre la promotion d'un internet citoyen et solidaire, pour ne pas creuser la « fracture numérique » et mener à un nouvel « e-illettrisme ».



2. Régulation des TIC et représentations identitaires



On assiste à la constitution de communautés virtuelles qui deviennent de véritables espaces d'interaction sociale : sites de réseaux sociaux (Facebook, Myspace, Twitter...), de communautés de joueurs en ligne (World of Warcraft, Second Life...), de communautés d'utilisateurs (collectifs d'usagers de blogs, de wikis, de chats...).

De nombreuses communautés en ligne tissent un lien social en partageant leurs intérêts. Des internautes publient leurs profils d'utilisateurs et invitent leurs "amis" à les contacter.

Les internautes doivent apprendre à gérer une véritable « identité numérique » constituée des informations qu'ils ont rentrées dans leurs profils, de leurs contributions dans les blogs. Cette protection de l'identité numérique est un des enjeux de la régulation des TIC.

Attention : Pour conclure...

Le thème de la régulation des TIC est riche de questions, car il interroge fondamentalement notre rapport à la norme dans un contexte de mutations technologiques difficile à appréhender. Il implique des enjeux d'ordre philosophique, sociaux, culturels, politiques... et naturellement juridiques ! En cela, il impose tout à la fois de poser des questions extrêmement classiques et de renouveler sans cesse notre réflexion.

Pour aller plus loin :

- AMBLARD Philippe, Régulation de l'Internet, L'élaboration des règles de conduite par le dialogue internormatif, Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit, Bruylant, 2004.
- BENHAMOU Bernard, NetGouvernance.org, Les mutations de la Société de l'Information.
- BROUSSEAU Eric, Régulation de l'Internet : L'autorégulation nécessite-t-elle un cadre institutionnel ? Economie de l'Internet, Revue Economique, Numéro Spécial, Septembre 2001.
- COHEN-TANUGI Laurent, Le nouvel ordre numérique, Texte de la 247e conférence de l'Université de tous les savoirs donnée le 3 septembre 2000.
- DELMAS Richard, L'Internet, gouvernance d'un monde incertain, Revue française d'administration publique 2004/2, pages 217 à 224.
- MARAIS (du) Bertrand, Régulation de l'internet : des faux semblants au retour à la réalité, Revue française d'administration publique, 2004-1 (n°109), p. 83 à 91.
- MARAIS (du) Bertrand, Analyses et propositions pour une régulation de l'Internet, Lex Electronica, vol. 7, n°2, Printemps / Spring 2002
- MARZOUKI Meryem et MEADEL, De l'organisation des nouveaux collectifs à l'organisation de la cité : gouvernance technique et gouvernement politique d'Internet, Laboratoire d'Informatique de Paris 6 Centre de sociologie de l'Innovation PolyTIC - CNRS École des Mines de Paris/CNRS Mars.

Section 2. Les enjeux institutionnels de la régulation des TIC

En France, la régulation institutionnelle des TIC s'opère selon deux modèles :

- **Un modèle de régulation « sectorielle » opérée par des AAI** (autorités administratives indépendantes). Selon le Conseil d'État, les autorités administratives indépendantes sont des « organismes administratifs qui agissent au nom de l'État et disposent d'un réel pouvoir, sans pour autant relever de l'autorité du gouvernement ». Suivant une tradition nationale, la régulation des TIC est souvent le fait d'autorités administratives indépendantes (AAI) spécialisées (CNIL, CSA, ARCEP, HADOPI) qui ont vocation à intervenir dans des secteurs pré-définis (l'informatique, l'audiovisuel, les communications électroniques et les postes, Internet).

- **Un modèle de "co-régulation" de l'Internet par le Forum des droits sur l'Internet**, association à but non lucratif qui associe représentants de l'État, du secteur privé et de la société civile. Le concept de co-régulation évoque une méthode de régulation qui implique une coopération entre les pouvoirs publics et les acteurs du secteur régulé. Le fonctionnement du Forum des droits sur l'Internet représente un exemple de cette méthode de co-régulation.

§1. La régulation sectorielle des TIC opérée par les autorités administratives indépendantes (AAI)

Parmi la quarantaine d'instances ayant reçu de la loi ou de la jurisprudence la qualité d'AAI (autorité administrative indépendante), certaines se trouvent plus particulièrement intéressées, du fait de leurs compétences spécifiques, par des activités liées à la communication :

- la CNIL (Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés)
- le CSA (Conseil supérieur de l'Audiovisuel)
- l'ARCEP (Autorité de régulation des communications électroniques et des postes)
- l'HADOPI (Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet)

A. La CNIL (Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés)

1. Les missions de la CNIL



La CNIL est l'autorité administrative indépendante la plus directement intéressée par les activités numériques. Elle constitue l'un des organismes essentiels en matière de protection des libertés publiques sur Internet.

Les missions de la CNIL (Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés)

- la CNIL a pour mission essentielle de protéger la vie privée et les libertés individuelles ou publiques, face aux dangers que l'informatique peut faire peser sur les libertés.
- la CNIL est chargée de veiller au respect de la loi "Informatique et Libertés" et de garantir en France l'exercice de la liberté de communication audiovisuelle dans les conditions définies par la loi du 30 septembre 1986.
- la CNIL est chargée de veiller à ce que l'informatique soit au service du citoyen et qu'elle ne porte atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques.
- la CNIL a pour mission de traiter les déclarations et demandes d'autorisation concernant les fichiers, ainsi que les plaintes, réclamations ou demandes d'avis dont elle est saisie.
- la CNIL est investie d'une mission de consultation déontologique et peut donner son avis sur les procédés d'auto-régulation.



2. Les fichiers "fichés" par la CNIL !

Dans la société de l'Information, les fichiers se multiplient et la CNIL a élaboré un fichier des fichiers :

- fichier automatisé des empreintes digitales,
- fichier national des empreintes génétiques,
- fichier des personnes recherchées
- fichier national des comptes bancaires,
- fichier national des incidents de remboursement des crédits aux particuliers,
- fichier central des automobiles,
- fichier national des immatriculations ...



Souriez, vous êtes filmés !

- La CNIL reçoit de nombreuses demandes du public et de professionnels qui s'interrogent sur la régularité de l'installation de systèmes de vidéo-surveillance, dans un cadre juridique il est vrai difficilement compréhensible...
- Sur le site de la CNIL, vous pourrez notamment trouver des éléments de réponses aux questions suivantes :
 - Quelles sont les conditions à respecter avant de mettre en place des dispositifs de vidéo-surveillance ?
 - Une commune peut-elle installer des caméras de vidéo-surveillance dans un lieu public ?
 - Quelles règles régissent l'installation de systèmes de vidéo-surveillance dans les établissements scolaires ou sur les lieux de travail ?

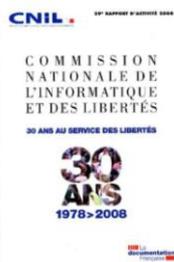
Pas de veine pour les tricheurs, la CNIL lutte contre la fraude aux examens !



Les dispositifs biométriques permettent d'identifier une personne par ses caractéristiques physiques, biologiques ou comportementales. Ces dispositifs se multiplient : empreintes digitales, réseaux veineux de la main, reconnaissance faciale, de l'iris ou de la voix... Les dispositifs biométriques visent à contrôler l'accès des salariés ou des visiteurs sur les lieux de travail, à contrôler l'accès des enfants à la cantine scolaire, à lutter contre la fraude à certains examens...

En 2007, la CNIL s'est prononcée sur le projet de décret permettant la délivrance des nouveaux passeports biométriques. En 2008, elle a refusé l'utilisation d'un dispositif reposant sur l'empreinte digitale pour contrôler l'accès à un établissement scolaire ainsi que la présence des élèves. En 2009, elle a autorisé le recours à un système biométrique reposant sur la reconnaissance du réseau veineux pour lutter contre la fraude à un «concours mondial» organisé par des grandes écoles de commerce.

3. Bref retour sur l'histoire de la création de la CNIL... il y a plus de 30 ans !



La révélation par la presse du projet "Safari"

- La révélation par la presse, dans les années 70, d'un projet gouvernemental tendant à identifier chaque citoyen par un numéro et à interconnecter, via ce numéro, tous les fichiers de l'administration créa une vive émotion dans l'opinion publique.
- Ce projet, connu sous le nom de SAFARI, soulignait les dangers de certaines utilisations de l'informatique et faisait craindre un fichage général de la population.

La création de la CNIL par la loi du 6 janvier 1978

- L'inquiétude provoquée par la révélation du projet SAFARI conduisit le gouvernement à créer une commission afin qu'elle propose des mesures garantissant que le développement de l'informatique se réalise dans le respect de la vie privée, des libertés individuelles et publiques.
- La "Commission Informatique et Libertés" proposa, après de larges consultations et débats, de créer une autorité indépendante. C'est ce que fit la loi du 6 janvier 1978 en instituant la Commission nationale de l'informatique et des libertés.

Conseil : Quelques conseils pratiques pour sauvegarder votre vie privée et vos libertés

Vous souhaitez :

- Ne plus recevoir de publicités
- Ne plus recevoir de fax publicitaires
- Demander l'accès à votre dossier médical
- Faire rectifier des données vous concernant figurant dans un fichier
- Exercer votre droit d'accès à un fichier
- Vous opposer à la communication de vos coordonnées

La solution : vous disposez d'un générateur de courriers sur le site de la CNIL ! Son nom ? *"Les courriers pour agir"*.

Conseil : "Vos données ne vous en fichez pas !"



La loi informatique et libertés prévoit, pour remédier aux dangers liés aux fichiers et à l'exploitation de données personnelles, que les citoyens bénéficient de droits qu'ils peuvent faire valoir eux-mêmes :

- **Le droit à l'information :** toute personne a le droit de savoir si elle est fichée et dans quels fichiers elle est recensée. Vous avez un "droit de regard" sur vos données personnelles.
- **Le droit d'opposition :** toute personne a la possibilité de s'opposer, pour des motifs légitimes, à figurer dans un fichier. Vous gardez le droit de vous opposer à l'utilisation, notamment commerciale, de vos données.

- **Le droit d'accès :** toute personne a le droit d'interroger le responsable d'un fichier pour savoir s'il détient des informations sur elle. N'hésitez pas à demander à interroger le responsable d'un fichier ou d'un traitement pour savoir s'il détient des informations sur vous.

- **Le droit de rectification :** toute personne peut faire rectifier des informations qui la concernent. Vous avez le droit de faire rectifier, compléter, actualiser, verrouiller ou effacer des informations qui vous concernent.

Simulateur : Découvrez les traces de vos navigations sur Internet... une expérience édifiante à réaliser sur le site de la CNIL !

Souriez, vous êtes pistés !

- Sur Internet, les activités que vous réalisez laissent des signes : informations issues de votre navigation, de votre localisation, de vos interrogations sur des moteurs de recherches...
- Vos communications électroniques sont enregistrées sur votre ordinateur ou sur des serveurs. Ces informations peuvent être collectées "à l'insu de votre plein gré".
- Le site de la CNIL vous propose de réaliser vous même une expérience très édifiante qui vous permettra de réaliser à quel point vous pouvez être pistés sur Internet : "Découvrez comment vous êtes pisté sur Internet et partez à la conquête de vos libertés numériques !"



B. Le CSA (Conseil supérieur de l'Audiovisuel)

1. Les missions du CSA

Le CSA (Conseil supérieur de l'Audiovisuel) est une autorité administrative indépendante créée par la loi du 17 janvier 1989.

- Le CSA garantit en France l'exercice de la liberté de communication audiovisuelle dans les conditions définies par la loi du 30 septembre 1986.
- Le CSA gère et attribue les fréquences destinées à la radio et à la télévision. Il délivre des autorisations aux stations de radio MF et MA, aux télévisions locales, aux chaînes de télévisions diffusées par câble, par satellite, par internet, par ADSL, etc.
- Le CSA s'assure du respect par tous les diffuseurs des lois et de la réglementation en vigueur. Il peut sanctionner ceux qui sont en infraction.
- Le CSA veille au respect du pluralisme politique et syndical sur les antennes. Il organise les campagnes officielles radiotélévisées prévues pour certaines élections (présidentielles, législatives, etc.).
- Le CSA veille à la protection des jeunes téléspectateurs et auditeurs (organisation de la signalétique jeunesse).
- Le CSA favorise l'accessibilité des programmes aux personnes handicapées et la représentation de la diversité de la société française dans les programmes. Le CSA rend des avis au Gouvernement sur les projets de loi et de décrets qui concernent l'audiovisuel.
- Le CSA est compétent pour examiner les éventuelles difficultés de réception des programmes rencontrées par les auditeurs et les téléspectateurs.
- Nous vous proposons une interview de *Maître Pascal KAMINA*, avocat au barreau de Paris et co-Directeur du *Magistère en Droit des TIC* (Faculté de Droit de Poitiers), sur les compétences du CSA et du CNC. Cette interview a été réalisée en juillet 2009 pour le C2i Métiers du Droit.

2. Approfondir le thème de la régulation de l'audiovisuel

a) Les enjeux de la régulation de la télé-réalité



Nous vous proposons une interview de *Maître Pascal KAMINA* sur la régulation de la télé-réalité.

Pascal Kamina est avocat spécialisé en Droit des TIC au barreau de Paris.

Il co-dirige le *Magistère en Droit des TIC* (Faculté de Droit de Poitiers).

L'affaire Al'Manar :

Nous vous proposons une interview de *Maître Pascal KAMINA*, avocat au barreau de Paris et co-Directeur du *Magistère en Droit des TIC* (Faculté de Droit de Poitiers), sur l'affaire Al'Manar. Cette interview a été réalisée en juillet 2009 pour le C2i Métiers du Droit.

b) La signalétique jeunesse

La nécessité de protéger les enfants et les adolescents des programmes audiovisuels susceptibles de nuire à leur épanouissement physique, mental et moral est l'une des missions que l'article 15 de la loi relative à la liberté de la communication a confiées au CSA. En 1996, le CSA a proposé la mise en œuvre d'un système commun de classification des programmes : la signalétique jeunesse. En 2002, ce dispositif a été modifié pour donner aux téléspectateurs des indications d'âge explicites : -10, -12, -16, -18.

Nous vous proposons une interview de *Maître Pascal KAMINA* sur la signalétique jeunesse.

Pascal Kamina est avocat spécialisé en Droit des TIC au barreau de Paris.



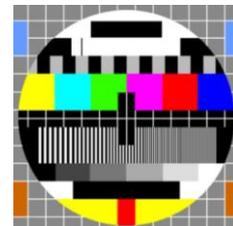
Il co-dirige le *Magistère en Droit des TIC* (Faculté de Droit de Poitiers).

Cet interview a été réalisée en juillet 2009 pour le C2i Métiers du droit.

Conseil : Trucs et astuces : tout ce que vous avez toujours voulu savoir sur l'audiovisuel, sans jamais oser le demander...

Vous vous posez des questions liées à :

- La réception TV ou la radio
- La TNT et la TVHD ; la TNT sur le câble ; la TNT sur le satellite
- Le pluralisme politique
- La protection des mineurs en matière audiovisuelle
- La publicité télévisée
- Le sous-titrage
- Les jeux télévisés



Vous trouverez des éléments de réponse sur le site du CSA !

Nous vous proposons une interview de Maître Pascal KAMINA sur les difficultés la régulation de la télévision sur Internet. Pascal Kamina est avocat spécialisé en Droit des TIC au barreau de Paris.

Maître de conférences à la Faculté de Droit de Poitiers, il co-dirige le *Magistère en Droit des TIC* (Faculté de Droit de Poitiers).

Cet interview a été réalisée en juillet 2009 pour le C2i Métiers du droit.

C. L'ARCEP (Autorité de régulation des communications électroniques et des postes)

1. Les missions de l'ARCEP



L'ARCEP (Autorité de régulation des communications électroniques et des postes) est chargée de la régulation du secteur des télécommunications.

La création d'une autorité administrative indépendante pour réguler la concurrence dans le secteur des télécommunications est la conséquence de l'ouverture à la concurrence de ce secteur, auparavant en situation de monopole légal, en dehors du secteur de la téléphonie mobile.

En France, c'est la loi du 26 juillet 1996 qui a ouvert le secteur des télécommunications à une concurrence totale programmée le 1er janvier 1998 et qui a créé l'ART, mise en place le 5 janvier 1997. En 2005, le législateur a souhaité lui confier également la régulation des activités postales. C'est ainsi que l'ART est devenue l'ARCEP.

Conseil : Trucs et astuces : Tout ce que vous avez toujours voulu savoir sur la téléphonie, sans jamais oser le demander...

Mes problèmes :

Je cherche la liste des numéros surtaxés et leurs tarifs

Je veux savoir si mon domicile est couvert en téléphonie mobile

Mon opérateur ou fournisseur d'accès a été racheté et je me demande quelle attitude adopter

Je rencontre des problèmes de fonctionnement avec ma ligne

J'ai un problème de « desimlockage »

J'ai un litige de facturation ...

La solution : elle se trouve sur le site de l'ARCEP !



2. La double compétence du CSA et de l'ARCEP en matière d'octroi des fréquences d'émission

En théorie, les rôles de chacun sont clairement définis par le Code des postes et communications électroniques, ainsi que par la Loi du 30 septembre 1986.

- **Le CSA gère les attributions de fréquences nécessaires au secteur de la communication audiovisuelle**, compétence inscrite à l'article 22 de la loi du 30 septembre 1986. Sa mission est donc d'être gardien de cette forme de liberté publique que représente la liberté, pour le public, de choisir entre des programmes audiovisuels aux contenus diversifiés. Le CSA veille, à cette fin, à la diversité culturelle et au pluralisme. Il est donc un régulateur des contenus et des libertés publiques.

- **L'ARCEP est responsable de l'attribution des fréquences nécessaires aux communications électroniques**. Elle est une autorité de régulation économique, indifférente au contenu des communications transportées sur les réseaux relevant de sa régulation. Elle est un régulateur économique des réseaux.

En pratique, cette répartition théorique des rôles se heurte à des difficultés.

- D'une part, les deux entités peuvent être amenées à collaborer.
- D'autre part, la dichotomie entre contenus et contenants peut être brouillée par l'instrumentalisation, souhaitée par le législateur, de l'attribution des fréquences à des fins de politique culturelle.
- Enfin, **à l'heure du numérique, cette construction juridique est déstabilisée** dans la mesure où la numérisation permet la diffusion de plusieurs services sur une même fréquence. Ainsi, la convergence des services à l'ère numérique semble rendre caduque la structure traditionnelle du droit de la communication audiovisuelle, fondée sur des régimes juridiques distincts selon les supports de diffusion : la télévision, comme la radio, ne peuvent plus être définis par leur mode de transmission. La question de la manière d'organiser la double régulation des contenus d'une part, des réseaux de l'autre, fait dès lors régulièrement l'objet de discussions. On évoque la possibilité de la fusion du CSA et de l'ARCEP en une nouvelle autorité administrative

NB : les éventuels conflits de compétence entre AAI sectorielles peuvent se doubler de questions également délicates tenant à la répartition des compétences entre ces AAI et l'Autorité de la concurrence. (Cf : Didier Theophile, Étienne Renaudeau, Les relations entre le Conseil de la concurrence, l'ARCEP, la CRE et le CSA : Coopération ou concurrence ?, Concurrences, N° 3-2008, n°20367, pp. 67-75 ; Catherine GRYNFOGEL, Le CSA, le règlement des différends et la libre concurrence, JCP éd E 2008 I 2394, p. 42).

D. L'HADOPI (Haute Autorité pour la diffusion des oeuvres et la protection des droits sur internet)



La loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet instaure une "Haute Autorité pour la diffusion des oeuvres et la protection des droits sur internet" (HADOPI), autorité administrative indépendante dotée de la personnalité morale.

Selon l'article L331-13 du code de la propriété intellectuelle, l'HADOPI, doit assurer :

- 1° Une mission d'encouragement au développement de l'offre légale et d'observation de l'utilisation licite et illicite des œuvres et des objets auxquels est attaché un droit d'auteur ou un droit voisin sur les réseaux de communications électroniques utilisés pour la fourniture de services de communication au public en ligne ;
- 2° Une mission de protection de ces œuvres et objets à l'égard des atteintes à ces droits commises sur les réseaux de communications électroniques utilisés pour la fourniture de services de communication au public en ligne ;
- 3° Une mission de régulation et de veille dans le domaine des mesures techniques de protection et d'identification des œuvres et des objets protégés par un droit d'auteur ou par un droit voisin.

Au titre de ces missions, la Haute Autorité peut recommander toute modification législative ou réglementaire. Elle peut être consultée par le Gouvernement sur tout projet de loi ou de décret intéressant la protection des droits de propriété littéraire et artistique. Elle peut également être consultée par le Gouvernement ou par les commissions parlementaires sur toute question relative à ses domaines de compétence.

1. La mission d'encouragement au développement de l'offre légale

Article L331-23 du code de la propriété intellectuelle

Créé par LOI n°2009-669 du 12 juin 2009 - art. 5



- Au titre de sa mission d'encouragement au développement de l'offre légale, qu'elle soit ou non commerciale, et d'observation de l'utilisation, qu'elle soit licite ou illicite, des œuvres et des objets protégés par un droit d'auteur ou par un droit voisin sur les réseaux de communications électroniques, la Haute Autorité publie chaque année des indicateurs dont la liste est fixée par décret. Elle rend compte du développement de l'offre légale dans un rapport annuel.

- Dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, la Haute Autorité attribue aux offres proposées par des personnes dont l'activité est d'offrir un service de communication au public en ligne un label permettant aux usagers de ce service d'identifier clairement le caractère légal de ces offres. Cette labellisation est revue périodiquement. La Haute Autorité veille à la mise en place, à la mise en valeur et à l'actualisation d'un portail de référencement de ces mêmes offres.

- La Haute Autorité évalue les expérimentations conduites dans le domaine des technologies de reconnaissance des contenus et de filtrage par les concepteurs de ces technologies, les titulaires de droits sur les œuvres et objets protégés et les personnes dont l'activité est d'offrir un service de communication au public en ligne. Elle rend compte des principales évolutions constatées en la matière, notamment pour ce qui regarde l'efficacité de telles technologies, dans son rapport annuel. Elle identifie et étudie les modalités techniques permettant l'usage illicite des œuvres et des objets protégés par un droit d'auteur ou par un droit voisin sur les réseaux de communications électroniques et propose, le cas échéant, des solutions visant à y remédier.

2. La mission de protection des œuvres et objets auxquels est attaché un droit d'auteur ou un droit voisin



La décision du Conseil constitutionnel du 10 juin 2009 sur la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet considérait notamment que les sanctions pour les auteurs de téléchargements illicites ne pouvaient être prononcées que par une autorité judiciaire. La loi "HADOPI II" a donc prévu la mise en place d'un dispositif judiciaire pour la prise de sanctions lorsque les avertissements prévus dans la loi du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet n'ont pas été suivis d'effets.

Après deux e-mails d'avertissement aux internautes qui pratiquent le téléchargement illégal, la HADOPI peut, en cas de nouvelle récidive, saisir le tribunal correctionnel. Le parquet communique le dossier de la poursuite et ses réquisitions au président du tribunal, lequel statue sans débat préalable. L'ordonnance pénale rendue porte relaxe ou condamnation à une amende ainsi que, le cas échéant, à une ou plusieurs peines complémentaires. Toutefois, si le juge estime qu'un débat contradictoire est utile ou qu'une peine d'emprisonnement devrait être prononcée, il renvoie le dossier au ministère public.

La loi prévoit des sanctions pénales pour les titulaires de lignes désignés par l'HADOPI et qui n'auraient pas sécurisé leur connexion après avoir été avertis, même si les téléchargements illicites sont le fait de tiers utilisant leur connexion.

Lorsqu'une décision de suspension de l'accès internet est rendue par le juge, le FAI en est avisé. Il doit dans les 15 jours procéder à la suspension de son offre à l'égard de l'abonné concerné, et informer la commission de protection des droits de la date à laquelle il a débuté la suspension. Dès le terme de la période de suspension, la commission procède à l'effacement des données à caractère personnel relatives à l'abonné. Pendant la suspension, l'abonné doit continuer à régler le montant de son abonnement à son FAI. Dans certaines situations, le juge peut au lieu de prononcer une suspension de l'accès internet, infliger une amende.

La Hadopi pourrait être amenée à prononcer jusqu'à 10.000 avertissements électroniques quotidiens, soit plus plus de 3 millions de mails d'avertissement par an. Entre 50.000 et 365.000 suspensions pourraient être prononcées par an.

3. La mission de régulation et de veille dans le domaine des MTP (mesures techniques de protection)

La Haute Autorité reprend les missions confiées à l'ancienne ARMT (Autorité de régulation des mesures techniques). Elle veille à ce que les mesures techniques visées à l'article L. 331-5 du CPI n'aient pas pour conséquence, du fait de leur incompatibilité mutuelle ou de leur incapacité d'interopérer, d'entraîner dans l'utilisation d'une oeuvre des limitations supplémentaires et indépendantes de celles expressément décidées par le titulaire d'un droit d'auteur sur une oeuvre autre qu'un logiciel ou par le titulaire d'un droit voisin sur une interprétation, un phonogramme, un vidéogramme ou un programme.



La Haute Autorité veille à ce que la mise en oeuvre des mesures techniques de protection n'ait pas pour effet de priver les bénéficiaires des exceptions. Elle détermine les modalités d'exercice des exceptions et fixe notamment le nombre minimal de copies autorisées dans le cadre de l'exception pour copie privée, en fonction du type d'oeuvre ou d'objet protégé, des divers modes de communication au public et des possibilités offertes par les techniques de protection disponibles.

Tout éditeur de logiciel, tout fabricant de système technique et tout exploitant de service peut, en cas de refus d'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité, demander à la Haute Autorité de garantir l'interopérabilité des systèmes et des services existants, dans le respect des droits des parties, et d'obtenir du titulaire des droits sur la mesure technique les informations essentielles à cette interopérabilité.

Le président de la Haute Autorité saisit l'Autorité de la concurrence des abus de position dominante et des pratiques entravant le libre exercice de la concurrence dont il pourrait avoir connaissance dans le secteur des mesures techniques. Le président de la Haute Autorité peut également le saisir, pour avis, de toute autre question relevant de sa compétence. L'Autorité de la concurrence communique à la Haute Autorité toute saisine entrant dans le champ de compétence de celle-ci et recueille son avis sur les pratiques dont il est saisi dans le secteur des mesures techniques.

Complément : Une AAI, qui n'est pas une juridiction, ne peut restreindre ou empêcher l'accès à Internet



Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009 du Conseil constitutionnel : rôle de l'HADOPI et d'une autorité administrative indépendante

"16. Considérant que les pouvoirs de sanction institués par les dispositions critiquées habilent la commission de protection des droits, qui n'est pas une juridiction, à restreindre ou à empêcher l'accès à internet de titulaires d'abonnement ainsi que des personnes qu'ils en font bénéficier ; que la compétence reconnue à cette autorité administrative n'est pas limitée à une catégorie particulière de personnes mais s'étend à la totalité de la population ; que ses pouvoirs peuvent conduire à restreindre l'exercice, par toute personne, de son droit de s'exprimer et de communiquer librement, notamment depuis son domicile ; que, dans ces conditions, eu égard à la nature de la liberté garantie par l'article 11 de la Déclaration de 1789, le législateur ne pouvait, quelles que soient les garanties encadrant le prononcé des sanctions, confier de tels pouvoirs à une autorité administrative dans le but de protéger les droits des titulaires du droit d'auteur et de droits voisins ;"

§2. La co-régulation des TIC par le forum des droits sur l'internet

1. Définition : Qu'est-ce que la "co-régulation" ?

Il n'existe pas de définition de la corégulation. Il n'existe pas de définition arrêtée de la corégulation, pas plus qu'il n'existe de définition arrêtée de l'auto-régulation. C'est lors du forum sur le commerce électronique organisé par l'organisation pour la coopération et le développement économiques (OCDE) à Paris en 1999 qu'est apparu le concept de co-régulation.

Il existe un concept de corégulation.

- Le concept évoque une méthode de régulation qui implique une coopération entre les pouvoirs publics et les acteurs de l'internet.
- Il n'existe pas une forme unique de co-régulation de la société de l'information mais plusieurs, qui s'exercent sur des territoires et selon des modalités très différentes. Les divergences d'interprétation peuvent être importantes selon les pays et les cultures.

• En France, le poids de la tradition étatique reste important et se traduit par la mise en place d'un organisme de co-régulation national : le Forum des droits sur l'Internet.

2. Le Forum des droits sur l'Internet : la "co-régulation à la française"

Un organisme de co-régulation constitué sous la forme d'une association à but non lucratif



Le *Forum des droits sur l'Internet* est une association (type loi 1901) qui associe représentants de l'État, du secteur privé et de la société civile.

Son domaine de compétence couvre l'ensemble des aspects de politique publique liés au développement de la société numérique sur le plan des contenus et des usages.

Sans être un organe de supervision, le Forum assume cependant un rôle de "facilitation", en liaison étroite avec les autorités publiques. Son activité est préparatoire à la prise de décisions des autorités publiques ou des acteurs privés. Ses recommandations se veulent neutres et sans caractère impératif.

Il agit de sa propre initiative ou à la demande des autorités publiques ou d'autres acteurs, selon les modalités prévues dans sa Charte.

Les missions du Forum des droits sur l'Internet

- l'information et la sensibilisation
- la concertation
- la coopération internationale
- la médiation



a) Les missions d'Information et de sensibilisation du Forum des droits sur l'Internet

Le site du FDI est une vraie mine de renseignements pour les étudiants préparant le C2i Métiers du Droit !



Au travers de fiches et de guides pratiques, mais aussi de dossiers et de veille réglementaire et jurisprudentielle, le Forum accompagne les internautes dans tous les usages de l'internet, qu'ils soient privés ou professionnels. Le FDI assure ainsi l'information et la sensibilisation du public aux usages de l'information.

Le site Internet du Forum est une vraie mine de renseignements pour les juristes spécialisés en Droit des TIC (et les étudiants préparant le C2i Métiers du Droit !).

Mais il contient également des informations très pratiques accessibles aux simples internautes.

Trucs et astuces : il y a nécessairement des fiches pratiques pour vous sur le FDI !

• "*Je blogue tranquille*" est un guide pour connaître les usages et les règles juridiques applicables aux blogs.

• "*Musique, films... adopte la Net attitude !*" donne des informations sur les droits d'auteur, le peer-to-peer et le téléchargement légal et illégal de musique ou de films. Il a pour objectif de donner des conseils pratiques aux jeunes internautes pour leur expliquer comment partager et télécharger des fichiers.



• "*Achats en ligne, suivez le guide*" est un guide à destination des internautes qui souhaitent réaliser des achats "en toute tranquillité" sur Internet. Il décrit chaque étape du processus de commande et informe les internautes sur les précautions à prendre et sur leurs droits en tant que cyber-consommateurs.

b) Complément : La mission de concertation du FDI

Le FDI est un espace de dialogue qui permet d'identifier les questions émergentes sur les TIC et de les porter à l'attention des différents acteurs, de faciliter la concertation et de contribuer à l'élaboration de codes de conduite, de principes directeurs ou de recommandations.

A cette fin, le Forum peut notamment :

- organiser des conférences et des séminaires ;
- constituer des groupes de travail thématiques ;
- établir ou commissionner des rapports de contexte (livres blancs) ;
- élaborer des recommandations ;
- agir comme dépositaire et garant de régimes volontaires et de codes de conduite.



Régulièrement, les thèmes étudiés par les groupes de travail du FDI évoluent, en fonction de l'actualité. Parmi les derniers thèmes envisagés :

- "Commerce électronique et procédures collectives"
- "Internet et développement durable"
- "Publicité en ligne"
- "Produits de santé et pharmacie en ligne"

La synthèse des réflexions des groupes de travail en matière de droit et d'usage de l'internet aboutit à l'élaboration de recommandations.

- "Publicité et alcool en ligne" ;
- "Les enfants du Net III"
- "Vote électronique et modernisation du processus électoral"

A suivre...

c) La mission de coopération internationale du FDI

Le Forum des droits sur l'internet a réuni au sein d'un Réseau européen de corégulation de l'internet, l'*European Internet Coregulation Network* (EICN), les organismes de certains pays européens, structures publiques ou privées ayant une "approche multi-acteurs" sur les questions liées à l'internet.

L'EICN a été inauguré en décembre 2003 par le Commissaire européen Erkki Liikanen lors du Sommet Mondial sur la Société de l'Information (SMSI) de Genève. L'EICN a été particulièrement actif sur les sujets de la protection de l'enfance et de la gouvernance de l'internet. Il participe au processus de l'*Internet Governance Forum* (IGF).

Par ailleurs, le FDI intervient régulièrement dans les débats sur les sujets relatifs au monde numérique qui se déroulent dans les différentes enceintes internationales : Nations-Unies, Conseil de l'Europe, OSCE...

d) La mission de médiation du FDI

Le service de médiation du Forum règle à l'amiable les différends liés à la société numérique :

- soit, au cas par cas, à la demande des parties intéressées ;
- soit, lorsque ceux-ci le prévoient, dans le cadre de la mise en œuvre de codes de conduite ou de dispositifs légaux ou contractuels.

Le service est compétent pour les litiges entre un particulier et une entreprise ou entre deux particuliers. Il n'est pas compétent pour les différends entre entreprises, pour les problèmes techniques (accès à internet, matériel informatique...) pour certains différends liés à l'ordre public imposant le recours au juge (demande de retrait de contenus à caractère pédopornographique...) ou encore pour les litiges de masse (différends pour lesquels l'action collective est plus appropriée).

cf diaporama du colloque organisé le 28 novembre 2008 par le Magistère en Droit des TIC (cf Colloque Poitiers 28 novembre 2008)

Pour développer la médiation en matière de litiges liés à internet, la cour d'appel de Paris collabore avec le service de médiation en ligne du Forum des droits sur l'Internet. Dans le but d'inscrire «la médiation dans la réalité judiciaire», Jean-Claude Magendie, Premier Président de la cour d'appel de Paris, a signé une convention expérimentale avec le médiateur du Net : le Forum des droits sur l'internet. Dans le cadre du protocole, les greffes de 7 tribunaux d'instance invitent les particuliers à recourir à la médiation du Forum des droits sur l'internet. Sous condition d'accord des

parties, avant toute action en justice ou dans le cadre d'une instance en cours, le juge peut désigner comme médiateur le service du Forum des droits sur l'internet.

Conseil : TRUCS ET ASTUCES : VOTRE AFFAIRE PEUT-ELLE ETRE TRAITEE PAR LE MEDIATEUR DU FDI ?

OUI, SI...

- Vous avez fait toutes les démarches préalables auprès de l'autre partie.

Avant de saisir le service de médiation, vous devez avoir pris contact avec l'autre partie pour tenter de résoudre votre différend. Au cours de l'enregistrement de votre demande, le médiateur du FDI demandera les pièces justificatives de ces contacts (courriers postaux, courriels... envoyés). Toutefois, si au bout d'un mois et demi, l'autre partie n'a pas répondu à vos démarches, vous pouvez saisir le service en mentionnant cette absence de réponse. Une fois le processus de médiation engagé, vous devrez nous fournir toutes les pièces utiles à la compréhension et au traitement de votre affaire.

• Votre différend concerne l'usage de l'internet, implique au moins un particulier et concerne un problème juridique.

Il peut s'agir :

- d'un litige lié à un achat en ligne, à la fourniture d'accès internet.
- d'un différend de nature commerciale entre deux personnes qui ont contracté sur une plate-forme d'enchères en ligne ou de mise en relation.
- d'un différend lié aux noms de domaine en .fr et concerner au moins un particulier.
- d'un différend entre deux particuliers hors relations commerciales : problème de droit à l'image, de respect de la vie privée...

Alors, n'hésitez pas à consulter le site *MédiateurDuNet* !

NON, SI...

- vos problèmes sont des problèmes techniques empêchant l'accès à internet (dégroupage, synchronisation du modem...);
- si vous comptez effectuer des demandes de retrait de contenus à caractère pédo-pornographique ou incitant à la haine raciale;
- si votre différend concerne des différends de groupe c'est-à-dire, des demandes émanant de plusieurs internautes contre une même personne et pour le même fait générateur.

Complément : VOUS AVEZ UN LITIGE AVEC UN FOURNISSEUR D'ACCES INTERNET

- Votre affaire peut éventuellement être traitée par MédiateurDuNet.
- Cependant, le MédiateurDuNet n'est pas compétent pour se saisir des affaires où le fournisseur d'accès est membre de l'AMCE (l'Association médiation communications électroniques). En effet, plusieurs Fournisseur d'accès à internet, ont créé cette association pour traiter les cas de leurs abonnés. Pour vérifier si votre FAI est membre de (AMCE), consultez la page : <http://www.mediateur-telecom.fr/association.html>

Conseil : VOUS AVEZ ETE VICTIME D'UNE ESCROQUERIE SUR INTERNET



Signalez-vous sur la plate forme INFO ESCROQUERIES !

Attention : Pour conclure...

En France, la régulation institutionnelle des TIC s'opère selon deux modèles :

- Un modèle de régulation « sectorielle » opérée par des AAI. Selon une tradition nationale, la régulation des TIC est souvent le fait d'autorités administratives indépendantes spécialisées (CNIL, CSA, ARCEP, HADOPI) qui ont vocation à intervenir dans des secteurs pré-définis (l'informatique, l'audiovisuel, les communications électroniques et les postes, Internet).

• **Un modèle de "co-régulation" de l'Internet par le Forum des droits sur l'Internet**, association à but non lucratif qui associe représentants de l'État, du secteur privé et de la société civile. Cette association "parapublique" est investie de missions telles que la concertation entre les acteurs des TIC, l'information et la sensibilisation du public aux usages de l'Internet, la coopération internationale, la médiation.

Méthode : Quelques éléments de bibliographie sur la co-régulation

- FENOULHET Timothy, « *La corégulation : une piste pour la régulation de la société de l'information* ».
- PAUL Christian, *Du droit et des libertés sur Internet, Rapport au Premier ministre* (Paris : La Documentation française, 2001).
- POULLET Yves, « Technologies de l'information et de la communication et 'corégulation' : une nouvelle approche ? », in POULLET (Y.), WÉRY (P.), WYNANTS (P.), DE STREEL (A.), dir., *Liber Amicorum Michel Coipel*, Bruxelles (Belgique), Kluwer, p. 167-188.

Section 3. Les enjeux sociaux de la régulation des TIC

Définition : Une définition de l'auto-régulation ?

- **Il n'existe pas de définition de l'auto-régulation.**

Il n'existe pas de définition arrêtée et unanimement admise de l'auto-régulation.

- **Il existe un concept d'auto-régulation.**

Le concept évoque une méthode de régulation. Il permet de désigner l'ensemble des règles volontairement développées et acceptées par ceux qui prennent part à une activité. De nombreux acteurs participent à la régulation des TIC en élaborant des règles de conduite : des acteurs académiques, associatifs ou marchands. On considère généralement que l'élaboration de la "Netiquette" constitue la forme la plus remarquable d'auto-régulation du secteur des TIC.

Remarque : Avantages et inconvénients de l'auto-régulation

Avantages de l'auto-régulation :

- Des règles facilement acceptées du fait qu'elles sont issues de négociations entre ceux là même qui doivent les appliquer.
- Des règles souples présentant l'avantage d'évoluer avec les technologies
- La régulation du réseau Internet par la mise en place de chartes déontologiques est encouragée par les instances européennes, par exemple au travers de la Directive 2000/31/CE relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (considérants 32 et 49 et article 16).



Problèmes soulevés par l'auto-régulation :

- Quelle est la légitimité de ces règles ?
- Comment assurer l'effectivité de ces règles ?
- Quelle valeur juridique attribuer à ces règles ?

§1. L'influence de la « NETIQUETTE »

Les coutumes et usages de l'Internet constituent un système de régulation très important.



Au départ, apparaissent des usages hétérogènes élaborés par les internautes. Puis, ces usages vont être formalisés au sein d'un code, la « Netiquette ».

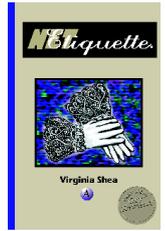
Aujourd'hui, cette tentative de régulation du réseau soulève de nombreuses questions. Il appartient au juriste de se demander quelle peut être la portée juridique des usages consacrés par la Netiquette.

Rappel : LA CREATION DES USAGES DE LA NETIQUETTE

A. L'apparition des usages de la Netiquette

Dans les années 1970, apparaissent les RFC (Request for Comments). Ce sont des réunions d'universitaires sur des questions intéressant la création du réseau (participation au développement des protocoles d'Arpanet et d'Internet).

Le développement de ces groupes de travail s'effectue de manière très ouverte, dans un processus de coopération. L'information circule librement, notamment grâce aux e-mails. Lorsque ces groupes de travail parviennent à un consensus sur certaines questions, ils rendent publics leurs points d'accord sous la forme de documents dénommés RFC.



B. La codification des usages

Dans les années 1980, les usages vont se codifier. Le souhait de formaliser ces réflexions en règles de savoir-vivre informatique apparaît, notamment pour résoudre les conflits provoqués par l'arrivée de nouveaux internautes dont les pratiques perturbent le réseau.

Dans les années 1990, apparaissent des documents qui font aujourd'hui encore référence, notamment, en 1992, le « *The Net. User Guidelines and Netiquette* » de Arlene Rinaldi, en 1994, la Netiquette de Virginia Shea et, en 1995, le code RFC 1855 intitulé Règles de la Netiquette (« *Netiquette Guidelines* »).

Aujourd'hui, trois fonctions peuvent être dévolues à la Netiquette. Elles se rattachent à se rattachent trois étymologies différentes, la Netiquette étant définie tantôt comme la « Net-étiquette », comme « l'éthique du net », ou comme un « Net-ticket ».

Attention : Trois fonctions peuvent être dévolues à la Netiquette, qui se rattachent à trois propositions étymologiques différentes.

Aujourd'hui, trois fonctions peuvent être dévolues à la Netiquette. Elles se rattachent à se rattachent trois étymologies différentes, la Netiquette étant définie tantôt comme

- la « Net-étiquette » (manuel de savoir-vivre)
- « l'éthique du net » (réflexion morale sur les ressources du Net)
- un « Net-ticket » (une référence conditionnant l'accès aux ressources du Net).

C. Les fonctions dévolues à la Netiquette

a) La Net-étiquette



La « Net-étiquette » (abréviation de « Network Etiquette) est souvent présentée comme un traité de civilités.

Elle est assimilée à un manuel de savoir vivre, un guide des bonnes manières informant l'internaute des convenances du réseau.

Elle renvoie à des règles classiques de bienséance et de courtoisie (se nommer, ne pas diffuser de messages incendiaires, proscrire l'écriture en majuscules qui équivaut à crier...).

Elle évoque une forme politesse de l'honnête homme (« A Rome, conduis-toi en Romain...), qui n'implique pas spontanément un caractère contraignant.

b) L'éthique du Net

L'éthique du Net s'inscrit dans la recherche d'une morale visant à la gestion du « bien commun informatique ».

Contrairement à l'idée répandue selon laquelle le réseau est une ressource inépuisable, il existe un trafic dépendant de la structure matérielle du réseau. La bande passante est limitée. Il faut penser à ne pas encombrer le réseau de messages inutiles, ce qui conduit à proscrire la pratique du « spamming » et à soulever le problème du bridage de la bande passante.



Référence des acteurs de l'Internet, la Netiquette s'est insensiblement imposée comme un élément contractuel des règles déontologiques en vigueur sur le réseau.

§2. La portée juridique des usages de la netiquette

Attention

- La question de la portée juridique des usages consacrés par la Netiquette a été soulevée dans le cadre d'une recommandation de la Commission des clauses abusives.
- Elle a également été posée, toujours dans le cadre du droit des contrats, par la jurisprudence qui n'a pas hésité à consacrer certains usages de la Netiquette sur le fondement de l'article 1135 du code civil.
- Enfin, dans le cadre de la responsabilité du fait personnel, la question de savoir dans quelle mesure les usages de la Netiquette pouvaient permettre de cerner la faute a également été évoquée.

A. La portée de la Netiquette en droit des contrats

1. La référence à la Netiquette dans les contrats des FAI

De très nombreux contrats de service sur Internet prescrivent aujourd'hui le respect de règles issues de la Netiquette. En particulier les FAI font traditionnellement référence à la Netiquette en prévoyant que la violation de ces usages propres à l'Internet entraîne la suspension, voire la résiliation du contrat d'accès.



Cette « contractualisation » de la Netiquette soulève évidemment nombre de questions, liées à la preuve de la commune intention des parties de se référer à la Netiquette et à l'objet des stipulations se référant à la Netiquette. Très souvent, la nécessité de respecter les prescriptions de la Netiquette figure dans des conditions générales d'utilisation d'un service (conditions générales d'abonnement ou condition d'accès au service) rédigées unilatéralement (ex : *TGI de Paris, le 19 octobre 2004*).

La recommandation n° 03-01 de la Commission des clauses abusives sur les règles relatives aux contrats de fourniture d'accès à Internet.



**Commission
des clauses abusives**

Le 26 septembre 2002, la Commission des clauses abusives, prenant acte de ce « *« que certains modèles de contrats prévoient que le consommateur s'engage, sous la menace de sanctions contractuelles, à respecter divers codes de conduite, usages ou règles de comportement présentés comme ayant été développés par la communauté des utilisateurs du réseau Internet ; qu'en l'absence d'acceptation par le consommateur du contenu de ces règles, cette clause déséquilibre les relations contractuelles en chargeant l'utilisateur, éventuellement novice, d'une obligation à l'objet imprécis»* », a recommandé que soient éliminées des modèles de convention habituellement proposés aux consommateurs par les fournisseurs d'accès à Internet les clauses qui ont pour objet ou pour effet, dans les contrats de fourniture d'accès payant ou gratuit, « *« d'obliger le consommateur, sous la menace de sanctions contractuelles, à respecter un code de conduite ou des règles de comportement développées par la communauté des utilisateurs du réseau Internet, sans qu'il ait accepté le contenu de ces règles»* ».

Cette recommandation a souvent été présentée comme une condamnation pure et simple du droit mou du réseau.

En réalité, la recommandation ne rejette pas entièrement la possibilité pour les hébergeurs de faire référence aux usages de la Netiquette, à condition que ceux-ci soient bien clairement identifiés et communiqués lors de la conclusion du contrat à l'internaute.

Cette mise en place de chartes déontologiques est par ailleurs encouragée par les instances européennes dans la Directive 2000/31/CE relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (considérants 32 et 49 et article 16).

2. La consécration de la Netiquette au titre des usages visés par l'article 1135 du code civil : l'usage proscrivant le "spamming"

Une partie de la jurisprudence a déjà expressément assimilé la « Netiquette » à une suite que l'usage donne à l'obligation conventionnelle, sur le fondement des dispositions de l'article 1135 du code civil (pour une des applications les plus nettes : *TGI Rochefort sur Mer, 28 fév. 2001*).

L'affaire soumise au TGI de Rochefort concernait l'envoi de messages publicitaires non sollicités sur différents forums de discussion. Après plusieurs messages invitant l'abonné à se



conformer à l'usage proscrivant la pratique du « *spamming* », le fournisseur d'accès avait procédé à la résiliation du contrat d'abonnement. Le problème consistait à déterminer si cette résiliation avait été effectuée conformément à l'article 1184 du code civil. Le « *spamming* » (envoi massif ou intempestif de messages électroniques non sollicités) est une pratique notoirement proscrite par la netiquette. Ce "pollupostage" perturbe gravement les équilibres du réseau et mécontente les internautes qui doivent supprimer les messages non sollicités en supportant le coût et les désagréments de cette mise à jour.

Après avoir rappelé les dispositions de l'article 1135 du code civil, en vertu desquelles « les conventions légalement formées obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature », le TGI relève qu'il résulte des pièces produites aux débats, spécialement de l'extrait du rapport de la CNIL du 14 octobre 1999 et de l'avis du Président de l'Internet Society, qu'il existe un usage proscrivant le recours au « *spamming* » dans les groupes de discussion. Estimant que « l'usage, qui constitue une source du droit, s'impose à celui qui se livre à une activité entrant dans son champ d'application », il en tire la conclusion que la résiliation n'était pas fautive.

3. La désignation judiciaire d'un expert chargé de donner son avis sur la Netiquette et le bridage de la bande passante



"Association LUCAS et M. Caradec c/ SA Paris Câble". En l'espèce, l'association « Les utilisateurs du Cybercâble associés » dite LUCAS se plaignait de ce que la société Paris Câble ait limité de façon considérable le débit de la bande passante allouée à ses clients. Elle fustigeait ainsi le « bridage » de la bande passante réalisée par la société et dénonçait la modification unilatérale d'une caractéristique essentielle du service. De son côté, la société Paris Câble estimait que l'association ne respectait pas les règles de la « Nétiquette » sur le bon comportement du net surfer » et elle lui reprochait « un usage qui aboutit à la congestion du réseau en hébergeant des serveurs et en abusant du chargement de fichiers en violation des clauses contractuelles ».

reprochait « un usage qui aboutit à la congestion du réseau en hébergeant des serveurs et en abusant du chargement de fichiers en violation des clauses contractuelles ».

Le juge choisit de désigner un expert dont la mission visait « à mesurer l'importance du bridage, donner son avis sur ses effets pour les abonnés en fonction de la nature des usages possibles et donner son avis sur le contenu et la portée de la « Nétiquette » invoquée par le fournisseur ». La désignation par le juge d'un expert chargé d'identifier le contenu de la Netiquette.

Le recours à un expert chargé de guider le juge dans sa réflexion n'est certes pas nouveau en matière d'internet. Le TGI de Rochefort s'était lui même appuyé sur un rapport de la CNIL et sur l'avis du Président de l'Internet Society pour estimer qu'il existe un usage proscrivant le recours au « *spamming* » dans les groupes de discussion. Il n'en demeure pas moins que, pour la première fois, un juge sollicitait un expert pour lui demander de « donner son avis sur la « Nétiquette » invoquée par le fournisseur d'accès au regard des usages et de la réglementation en vigueur ».

B. La portée de la Netiquette en droit de la responsabilité civile

1. La Netiquette et la responsabilité du fait personnel du fournisseur d'hébergement

Avant l'intervention de la loi du 1er août 2000, bouleversant la matière, la jurisprudence n'a pas hésité à prendre en considération la Netiquette pour apprécier la responsabilité des fournisseurs d'hébergement sur le fondement des articles 1382 et 1383 du code civil.



A cet égard, la décision la plus explicite reste sans doute celle rendue par le Tribunal de Grande Instance de Paris le 12 octobre 2000 dans l'affaire « *NiouZeNet* », dans laquelle le juge estima que le fournisseur d'hébergement ayant veillé au respect des règles de la "Netiquette" n'était pas responsable de son fait personnel.

En l'espèce, la polémique entraînée par la rédaction d'un code de déontologie sur un forum de discussion non modéré avait atteint un tel paroxysme que l'association Vienne Informatique, hébergeur de ce forum, avait décidé de « purger » le forum avant d'inviter ses usagers à plus de courtoisie. Mais l'informaticien pris à partie considérait cette intervention insuffisante et il prétendait que l'association avait engagé sa responsabilité, sur le fondement des articles 1382 et 1383 du code civil, en laissant les propos litigieux revenir, puis se maintenir sur le forum de discussion. Le tribunal ne lui donna pas gain de cause, car il estima que « *« l'association Vienne Informatique a veillé au respect des règles de la "Netiquette", en mettant en place un ensemble de précautions déontologiques et éthiques à l'attention de tous les internautes qui ont accédé, par son intermédiaire, à une discussion publique, en leur signalant page 3 de son site qu'il est possible d'obtenir*

la charte mise en place à cet effet 1998, en visitant " le miroir " du site NiouZeNet ; que, ce faisant, elle a permis aux hébergés et aux " contributeurs " d'être informés des droits et, surtout, des obligations qui sont les leurs, et a pris les précautions nécessaires et raisonnables pour éviter de léser les droits des tiers » ».

Pour la première fois, de manière aussi flagrante, la Netiquette s'affirmait comme un critère possible de responsabilité du fait personnel. L'obligation de mise à disposition par le fournisseur d'hébergement de chartes de comportement.

2. L'obligation d'information du fournisseur d'hébergement



De manière plus indirecte, dans la médiatique affaire *E. Hallyday c. V. Lacambre*, le TGI de Paris avait estimé que le fournisseur d'hébergement avait « l'obligation de veiller ... au respect des règles déontologiques régissant le web » (TGI Paris (réf.) 9 juin 1998, Rev. Lamy dr.aff. 1998, n° 8, n° 513, obs. L. Costes) et estimé que la mise à disposition d'une charte permettant aux hébergés d'être informé des prescriptions de la Netiquette participait de la mise en œuvre de « moyens raisonnables d'information, de vigilance et d'action ».

La Cour d'appel de Versailles elle même, n'avait pas hésité à considérer que l'obligation de prudence et de vigilance du fournisseur d'hébergement devait se traduire par l'adhésion du « client-créateur de site » à une « charte de comportement » le 8 juin 2000, dans l'affaire *Multimania c. Lynda Lacoste*.

Ainsi, la jurisprudence sur la responsabilité du fournisseur d'hébergement semblait-elle faire émerger une obligation d'information sur les prescriptions de la Netiquette. La Netiquette devenait ainsi un norme de comportement, la référence du « bon cyber père de famille » ?

3. La Netiquette et la responsabilité du fait de la création de liens hypertextes



a) L'établissement de liens hypertextes selon la Netiquette.

Traditionnellement, la Netiquette recommande à tout créateur d'un lien hypertexte de n'établir un lien – simple ou profond – qu'après avoir obtenu l'autorisation du site pointé. La jurisprudence relève d'ailleurs parfois l'existence de cette règle élémentaire de courtoisie, en observant que « le bon usage des possibilités offertes par le réseau Internet commanderait, pour le moins, de prévenir le propriétaire du site cible » (*T. com., Paris, 26 déc. 2000*). La jurisprudence décide cependant que les internautes ne sont pas liés par cette règle de courtoisie.

b) L'indifférence de la jurisprudence aux simples règles de courtoisie.

La jurisprudence décide que chacun est libre de créer des liens hypertextes car « la raison d'être d'internet et ses principes de fonctionnement impliquent nécessairement que des liens hypertextes et intersites puissent être effectués librement » (*T. Com., Nanterre, 8 novembre 2000*). Ainsi, la violation de cette seule règle de courtoisie, prescrite par la Netiquette, n'appelle pas de sanction civile. Soit que la jurisprudence recherche dans la technique le critère de la responsabilité du fait personnel du créateur du lien hypertexte, en distinguant les liens hypertextes « simples » des liens dits « profonds ». Soit qu'elle considère que le caractère déloyal de l'usage fait du lien hypertexte soit le véritable critère de l'agissement fautif.

§3. La régulation des TIC par des organisations internationales

A. Le sommet mondial sur la société de l'information



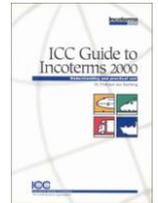
De nombreuses instances internationales ont adopté des recommandations ou des lignes directrices ayant trait au commerce électronique ou à la société de l'information (ONU, OCDE, OMC, UNESCO...).

Le Sommet mondial sur la société de l'information (ou SMSI) est un forum mondial organisé par l'Union internationale des télécommunications (UIT), une agence de l'ONU. Il vise à réduire l'inégalité des habitants de la planète vis-à-vis de l'accès à l'information par le biais des nouvelles technologies de communication et en particulier à l'Internet. Il a adopté

une Déclaration de principes et un Plan d'action. La première phase a eu lieu à Genève, Suisse, du 10 au 12 décembre 2003. Son deuxième volet s'est tenu à Tunis du 16 au 18 novembre 2005. Selon les discussions entre les diverses parties prenantes. TIC offrent également des voies nouvelles pour la résolution des conflits en ligne, par la voie de la médiation ou du cyberarbitrage. Ainsi, le Centre de médiation et d'arbitrage de l'OMPI (Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle) développe depuis 1998, par le biais de la médiation et de l'arbitrage, une importante activité liée à la résolution des conflits en ligne.

B. Les e-terms de la Chambre de commerce internationale

Des organismes internationaux ont élaboré des instruments de type contractuels tels que des guides, codes de conduite, contrats type... Ces règles non contraignantes participent également à la régulation du comportement des acteurs des TIC.



Ainsi, la Chambre de commerce internationale a élaboré des Eterms - *Electronic Terms* - pour créer un répertoire de termes juridiques du commerce électronique. Comme les incoterms pour le commerce traditionnel, ces termes sont conçus pour devenir des termes standardisés du commerce électronique.

C. Le Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI



Les TIC offrent des voies nouvelles pour la résolution des conflits en ligne, par la voie de la médiation ou du cyberarbitrage.

Ainsi, le Centre de médiation et d'arbitrage de l'OMPI (Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle) développe depuis 1998, par le biais de la médiation et de l'arbitrage, une importante activité liée à la résolution des conflits en ligne.

§4. La régulation de l'internet par des communautés professionnelles

En France, comme ailleurs, de nombreuses communautés de professionnels participent à la régulation du réseau en élaborant des codes de bonne conduite, des chartes d'utilisation et des usages commerciaux.

Ces initiatives variées permettent souvent d'obtenir des résultats intéressants alors que, parallèlement, le projet de charte proposé en mars 1997 par M. Antoine Beaussant, à l'issue d'une mission visant à l'élaboration d'un code déontologique de l'Internet qui lui avait été confiée par le Ministre des Postes et Télécommunications s'est révélé sans suite.

A. Les "Pratiques et usages" de l'AFA



Parmi les tentatives de régulation de l'Internet par la communauté des professionnels, celle de l'AFA (Association des fournisseurs d'accès et de services à Internet) est souvent mise en valeur, du fait de son caractère précurseur et de son importance pour le milieu des FAI.

En 1998, l'AFA a publié des "Pratiques et usages" afin de préciser dans quel cadre ses membres étaient invités à exercer leurs activités. Parmi les principes communs à ses membres, outre les règles de la netiquette, l'AFA a posé notamment des principes de confidentialité et de protection des mineurs.

B. L'initiative L@belsite

L@belsite est une initiative lancée par la FCD (Fédération des Entreprises du Commerce et de la Distribution) et de la FE VAD (Fédération des entreprises à distance). Elle concerne un label proposé aux entreprises qui acceptent de se soumettre à des règles déontologiques précises en matière de commerce.



L@belsite répond à un besoin de confiance et de sécurisation. Le client internaute ne pouvant pas tout connaître de la réglementation et de la déontologie de la vente à distance, il a besoin de donner sa confiance à un sigle, un sceau, qui, indiqué sur les sites auxquels il s'intéresse, garantira cette qualité attendue. La particularité du mécanisme proposé est qu'il est réalisé "par des commerçants, pour des commerçants", c'est à dire par

des professionnels ayant à la fois l'expérience du commerce et de la vente à distance.

C. Le GESTE (Groupement des Editeurs de Services en Ligne)

Groupement
des Editeurs
de Services
en Ligne

GESTE

Le Geste est une association regroupant les plus grands groupes de presse français.

électroniques.

Le Geste a pour objet de créer les conditions économiques, législatives et concurrentielles indispensables au développement des services et éditions

Depuis 2004, le Geste décerne le prix Michel Colonna d'Istria, du nom de ce journaliste (1958-2002) précurseur de la presse électronique, qui fut vice-président du Geste. Ce prix récompense « un projet éditorial sur support électronique », « respectant les valeurs qu'il (Michel Colonna d'Istria) a défendues durant toute sa vie », « la liberté d'informer, l'indépendance éditoriale, la solidarité sociale, la défense de la langue française ».

§5. La régulation par les communautés pour un libre échange du savoir

Les communautés de la recherche scientifique ont profondément influencé l'infrastructure du réseau Internet en construisant les bases de la Netiquette et en défendant un libre échange du savoir et une philosophie non marchande du réseau. De nombreux acteurs associatifs, s'inscrivant dans cette perspective, tentent par leurs actions politiques et/ou militantes d'influencer la régulation des TIC.

A. Freenet : un réseau informatique anonyme

Freenet : Freenet est un réseau informatique anonyme et décentralisé construit sur l'Internet. Il vise à permettre une liberté d'expression et d'information totale fondée sur la sécurité de l'anonymat, et permet donc à chacun de lire comme de publier du contenu, sans aucune censure.



Il offre la plupart des services actuels d'Internet (courriel, téléchargement, web, etc.) et constitue une des expériences les plus radicales de la conception libertaire du réseau.

B. Le mouvement du Logiciel Libre



En 1982, Richard Stallmann crée la Free Software Foundation (FSF), afin de perpétuer le mouvement des hackers des années 70, qui avaient pris l'habitude de s'entraider en échangeant les codes source de leurs programmes. Richard Stallmann lance le projet GNU, dont l'objectif est de créer un système d'exploitation libre compatible Unix.

En 1991, Linus Torvalds, étudiant à l'université d'Helsinki en Finlande, lance le projet Linux, un système d'exploitation libre compatible Unix. Linus Torvalds permet à tous les programmeurs volontaires de participer au projet. La coordination se fait par Internet. Le logiciel est publié chaque semaine, et les commentaires des utilisateurs sont synthétisés quelques jours plus tard. Rapidement, la fiabilité de Linux est déjà à la hauteur des Unix commerciaux, les applications fonctionnant sous Linux sont très nombreuses et Linux, initialement prévu pour les PC, fonctionne sur divers types d'ordinateurs.

En 1994, les participants au projet GNU, reconnaissant le potentiel de Linux, apportent leurs développements au projet Linux.

C. L'IETF (Internet Engineering Task Force)

L'*IETF* (Internet Engineering Task Force) est un groupe informel, international, ouvert à tout individu, qui participe à l'élaboration de standards pour Internet. L'IETF est un groupe informel, sans statut, sans membre, sans adhésion.



L'IETF produit la plupart des nouveaux standards d'Internet. Le travail technique est accompli

I E T F[®]

dans une centaine de groupes de travail. Les groupes de travail sont répartis dans une dizaine de domaines d'intérêt. Le but du groupe est généralement la rédaction d'un ou plusieurs Request for comments (RFC), nom donné aux documents de spécification à la base d'Internet.

D. APRIL (Promouvoir et défendre le logiciel libre)



L'APRIL (Promouvoir et défendre le logiciel libre) est la principale association française de promotion et de défense du logiciel libre.

Pionnière du logiciel libre en France, l'April est depuis 1996 un acteur majeur de la démocratisation et de la diffusion du logiciel libre et des standards ouverts auprès du grand public, des professionnels et des institutions dans l'espace francophone.

E. L'IRIS (Imaginons un Réseau Internet solidaire)

L'IRIS (Imaginons un Réseau Internet solidaire) a pour ambition d'agir sur le développement de l'internet dans le sens de plus d'égalité, de partage et de solidarité et de lutter pour la pérennité de secteurs non-marchands sur internet.



Iris est une association créée le 4 octobre 1997. Malgré le jeune âge de l'association, ses fondateurs ont une parfaite connaissance de tous les dossiers Internet « brûlants », puisqu'ils étaient ou sont encore membres de l'AUI (Association des utilisateurs d'Internet) pour la plupart, et membres de CITADEL (Citoyens associés pour la défense des libertés) pour certains. D'après ses statuts, l'objet d'Iris est de « favoriser la défense et l'élargissement des droits de chacun à la libre utilisation des réseaux électroniques, notamment en termes de production, de mise à disposition et de circulation des contenus, ainsi que toutes actions nécessaires à la réalisation de son objet ». Iris s'intéresse plus particulièrement aux aspects politiques et sociaux d'Internet, et entend être une force de proposition aussi bien au plan national qu'aux plans européen et international.

F. La Quadrature du Net



La Quadrature du Net est un collectif de citoyens qui informe sur des projets législatifs menaçant les libertés individuelles, les droits fondamentaux et le développement économique et social à l'ère du numérique. Il a été particulièrement actif pour lutter contre l'adoption de la loi HADOPI.

La Quadrature du Net sensibilise les citoyens, les pouvoirs publics, les associations, les entreprises. La Quadrature du Net est soutenue par des organisations non gouvernementales françaises, européennes et internationales, dont l'Electronic Frontier Foundation, l'Open Society Institute et Privacy International.

Pour aller plus loin :

- Eric Labbé, *"Pourriel, pollupostage et référencement abusif : le spamming dans tous ses états"*.
- Éric Labbé, *« Spamming en Cyberspace : à la recherche du caractère obligatoire de l'autoréglementation »* Prix Lex Electronica
- Bertrand du Marais, *« Autorégulation, régulation et co-régulation des réseaux »* dans Georges Chatillon (dir.), *Le droit international de l'Internet, actes du colloque* (Bruxelles : Éditions Bruylant, 2003) 293–308 à la p. 295.
- Etienne Wery, *"Les phénomènes d'auto-régulation sur le Web"*, dans Éric A. Caprioli (dir.), *Les premières journées internationales du droit du commerce électronique : Actualités de droit de l'entreprise* (Paris : Litec, 2002).

Section 4. Les enjeux économiques de la régulation des TIC

§1. L'importance de la régulation économique des TIC

A. Les caractéristiques de l'économie des TIC

- **L'économie des TIC est très récente** : l'économie numérique (ou "nouvelle économie") suscite des interrogations liées à de nouvelles formes d'organisation des échanges (développement du e-commerce, de la société de l'information....). Ces mutations sont complexes car les modèles commerciaux évoluent rapidement.

- **L'économie des TIC est très innovante** : les TIC jouent un rôle moteur pour favoriser l'innovation. La nouvelle économie engendre des profits considérables et crée des emplois nouveaux. Elle a déjà démontré des faiblesses (éclatement de la bulle spéculative à la fin des années 2000), mais suscite aussi de nombreux espoirs (*Selon un rapport de la Commission européenne, l'économie numérique peut sortir l'Europe de la crise.*



- **L'économie des TIC est très concentrée** : c'est une économie où les effets de réseau sont importants et où les opérateurs historiques sont souvent en position dominante. Le phénomène de la convergence entre les industries et les services accentue ces caractéristiques, en effaçant des frontières sectorielles traditionnelles.

- **L'économie des TIC est très concurrentielle** : ce caractère concurrentiel est lié aux innovations inhérentes au secteur des TIC (évolution rapide des situations). Le marché évolue très vite, au rythme des innovations technologiques, en même temps que les infrastructures. La compétition est importante.

- **L'économie des TIC reste parfois encore très administrée.** Des pans entiers du secteur des TIC ont souvent été, par le passé, très administrés et la libéralisation de ces marchés est source de conflit (secteur des télécommunications). D'autres pans restent toujours très administrés, notamment le secteur audiovisuel (quotas de diffusion, aides d'Etat...).

B. La régulation économique des TIC est nécessaire

L'Autorité de la concurrence doit combattre les effets de domination qui sont prégnants dans l'économie numérique.



- **Du fait du monopole d'exploitation conféré par certaines rentes de situation (monopole des opérateurs historiques)**, il existe une tension entre la tendance des opérateurs historiques à vouloir conserver leurs positions et la volonté de l'Autorité de la concurrence de libéraliser certains marchés. L'exemple de l'ouverture du marché des télécommunications (secteur autrefois très administré) en fournit un bon exemple. L'existence d'un monopole sur un marché principal (le marché de la téléphonie fixe) peut conduire un opérateur à exercer un abus de position dominante sur un marché dérivé (marché de la téléphonie mobile, de l'ADSL...). En France, l'opérateur de Télécommunication France Télécom a ainsi été condamné pour avoir abusé de sa position dominante sur le marché de téléphonie fixe pour exercer des abus sur le marché de la téléphonie mobile.

- **Du fait du monopole d'exploitation conféré par certains droits de propriété intellectuelle, très nombreux dans les TIC**, il existe une tension entre la nécessité de protéger juridiquement l'existence de droits exclusifs et le souci de diffusion de la connaissance associé à la recherche d'une logique pro-concurrentielle. L'existence de droits de propriété intellectuelle peut conduire un opérateur économique à profiter des "ressources essentielles" conférées par son monopole légal pour abuser de son droit. Ainsi, Microsoft a été condamné par la Commission européenne pour avoir abusé de sa position dominante sur le marché des systèmes d'exploitation pour PC (90 % de part de marché).

C. La régulation économique des TIC est délicate

Les autorités de la concurrence doivent intervenir dans un contexte d'innovations technologiques permanentes.

• **L'analyse économique des "marchés pertinents" se révèle particulièrement délicate** dans le secteur des TIC. L'analyse juridique menée par les autorités de la concurrence commence toujours par la définition économique du marché pertinent. Or, la définition de ce marché est rendue particulièrement délicate par l'effacement des frontières géographiques du au développement des réseaux (marché du commerce électronique) et par la convergence technologique qui efface les frontières sectorielles classiques (audiovisuel et télécommunications, contenants et contenus). Elle est rendue malaisée par l'évolution rapide et imprévisible des situations en matière de nouvelles technologies et compliquée par le caractère nécessairement technique des analyses. Par exemple, l'iPhone est un appareil qui combine les usages d'un téléphone mobile, d'un terminal internet mobile, d'un assistant personnel, d'un baladeur numérique, d'un GPS et d'une console de jeux portables...



La notion de marché pertinent en matière de TIC fait l'objet d'un commentaire de *Maître Frédéric Sardain*, avocat au barreau de Paris, dans le cadre de l'interview réalisée pour le C2i métiers du droit le 11 septembre 2009 (cf : vidéo).

• **La tension entre le droit de la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence est particulièrement évidente** en matière de TIC. Il faut concilier la nécessité de protéger la création, l'innovation ou l'investissement en respectant le monopole légal conféré par les droits de propriété intellectuelle et la nécessité de ne pas fermer l'accès à de nouveaux acteurs économiques soucieux d'entrer sur des marchés dérivés. L'existence de droits de propriété intellectuelle qui constituent des ressources essentielles pour l'accès à un marché dérivé ne doivent pas constituer un obstacle insurmontable au libre exercice de la concurrence par des nouveaux acteurs. Un équilibre est à trouver entre les exigences du droit de la concurrence et celles du droit de la propriété intellectuelle.

Attention : Les autorités compétentes dans le cadre de la régulation économique des TIC

La mission de régulation économique des TIC est confiée à :

• **L'Autorité de la concurrence.** L'autorité de la concurrence est une AAI (autorité administrative indépendante) qui est venue se substituer en 2009 au Conseil de la concurrence. L'Autorité de la concurrence agit en étroite coordination avec la Commission européenne. La régulation des TIC opérée par l'Autorité de la concurrence s'inscrit vraisemblablement dans le cadre de celle anciennement pratiquée par le Conseil de la concurrence, comme un instrument de régulation générale des TIC pratiquée par une autorité administrative indépendante.

• **La Commission européenne.** En tant que gardienne des Traités, la Commission européenne exerce un rôle naturellement déterminant dans la régulation économique des TIC au niveau européen. La régulation économique des TIC opérée par la Commission européenne apparaît quant à elle comme un outil désormais classique du respect du droit européen de la concurrence.

§2. Le rôle de l'autorité de la concurrence dans la régulation économique des TIC

A. Les missions de l'Autorité de la concurrence



L'Autorité de la concurrence veille au libre jeu de la concurrence sur les marchés des TIC.

Elle a naturellement compétence pour assurer le respect des règles du droit de la concurrence pour toutes les activités liées à l'informatique et au numérique, puisqu'elle a vocation à contrôler les marchés, quels que soient l'activité concernée ou le statut, privé ou public, des opérateurs.

- Elle apporte son concours au fonctionnement concurrentiel des marchés aux échelons européen et international (art. L. 461-1.-1 du c. com.).
- Elle est notamment appelée à sanctionner les abus de position dominante ou les ententes illicites entre les opérateurs intervenant dans la société de l'Information.
- Elle a également compétence pour contrôler les concentrations dans le secteur des TIC.
- Elle peut accepter les engagements de nature à réduire les risques de pratiques anti-concurrentielles proposés

par les acteurs économiques.

Le contrôle transversal opéré par l'Autorité de la concurrence se concilie avec le contrôle sectoriel opéré par les AAI spécialisées.

Les autorités administratives indépendantes « sectorielles », telles que le CSA, l'ARCEP ou l'HADOPI, sont régulièrement invitées par les textes à saisir l'Autorité de la concurrence de questions liées à la concurrence dans leurs secteurs d'activités.

- Inconvénients : les contrôles exercés par les AAI sectorielles et par l'Autorité de la concurrence se complètent et se superposent, au risque d'une insécurité juridique largement critiquée par les opérateurs des différents marchés régulés.

- Avantages : la régulation économique des TIC par l'Autorité de la concurrence offre l'avantage d'opérer un contrôle transversal de l'activité économique des différents secteurs des TIC. Dans un contexte juridique parfois excessivement compliqué par les tentatives de sectorisation théorique opérées par le législateur, le contrôle opéré, de manière générale, par l'Autorité de la concurrence apparaît souvent emprunt de pragmatisme.

Exemple : Des exemples de l'activité de l'Autorité de la concurrence dans les TIC

1. Les « Rendez-vous de l'Autorité de la concurrence » sur la Vente en ligne

L'objectif des Rendez-vous de l'Autorité de la concurrence est de réunir des professionnels et des praticiens reconnus afin d'ouvrir le débat sur des questions d'actualité et d'échanger librement sur les sujets juridiques et économiques. De manière très symbolique le premier rendez-vous organisé par la toute nouvelle Autorité de la concurrence a été consacré, le 15 juin 2009, aux problèmes posés par la vente en ligne.



Les sujets suivants ont été abordés :

- La vente en ligne : contexte, enjeux et pratique décisionnelle
- Quels acteurs pour la vente en ligne ?
- Peut-on tout vendre sur Internet ?
- Internet, un commerce sans frontières ?

Vous pouvez voir les vidéos de ces débats sur le site de l'Autorité de la concurrence : "*Vente en ligne : quelles règles du jeu pour la concurrence ?*"

2. L'avis de l'Autorité de la concurrence sur les exclusivités mis en place par Orange (sport/cinéma)



A la suite de sa saisine par la ministre de l'économie, l'Autorité de la concurrence a rendu le 7 juillet 2009, *un avis sur les exclusivités d'accès aux contenus TV par les fournisseurs d'accès à Internet*. Il s'agissait pour la nouvelle Autorité de la Concurrence de rendre son premier avis sur des enjeux liés aux TIC. Nul doute que cet avis n'en appelle d'autres...

La ministre de l'Economie interrogeait l'Autorité sur la compatibilité avec les règles de concurrence des exclusivités d'accès par lesquelles certains FAI réservent à leurs abonnés des contenus très attractifs. Elle l'invitait également à formuler un avis portant notamment sur l'opportunité d'un cadre juridique spécifique, destiné à prévenir les risques de telles exclusivités.

Les exclusivités sont fréquentes dans le secteur de la télévision payante. Celles mises en place par Orange à la suite de l'acquisition de contenus premium du type sport ou cinéma sont présentées comme un modèle nouveau, appelé à se généraliser à d'autres contenus et à s'étendre à d'autres supports – ADSL aujourd'hui, fibre optique demain.

L'Autorité de la concurrence a considéré que toutes les incitations qui peuvent favoriser l'entrée de nouveaux acteurs sur le marché de la télévision payante ont a priori un effet positif, notamment pour les consommateurs qui peuvent en attendre une baisse des prix, un accroissement de la diversité des contenus proposés ainsi que l'accès à de nouvelles offres intermédiaires, plus accessibles en terme de prix que les offres premium haut de gamme de Canal + aujourd'hui proposées.

Mais l'Autorité de la concurrence a estimé que la réponse devait être recherchée ailleurs que dans le modèle économique

– contestable – de la double exclusivité revendiquée par Orange et cela pour trois raisons : "«d'abord parce qu'il existe d'autres propositions pour favoriser l'incitation à investir dans les contenus, moins dommageables pour la concurrence, ensuite parce que la bonne réponse à une insuffisance de compétition en amont n'est pas d'encourager une stratégie qui peut avoir pour effet potentiel le verrouillage de la concurrence en aval, enfin et surtout parce que l'imitation et la généralisation du modèle de la double exclusivité comportent des risques sérieux pour l'intensité de la concurrence et la liberté des consommateurs sur les marchés du haut débit et –demain- du très haut débit»".

3. L'Autorité de la concurrence examine les engagements pris par SNCF.com pour réguler la concurrence

Le 5 février 2009, la SNCF a pris des engagements devant le Conseil de la concurrence pour mettre sur un pied d'égalité les agences de voyages en ligne avec sa filiale Voyages-sncf.com



- Le Conseil de la concurrence avait auparavant rendu une décision, par laquelle il sanctionnait la SNCF à hauteur de 5 millions d'euros, pour avoir favorisé ses filiales exploitant le site voyages-sncf.com, au détriment des concurrents de celles-ci. Jusqu'à présent, la SNCF n'offrait pas aux agences de voyages des conditions techniques leur permettant de commercialiser certaines offres promotionnelles dans de bonnes conditions (offres de dernière minute ou billets de TGV à prix discount) ou d'utiliser la fonctionnalité « Billet Imprimé », particulièrement appréciée des internautes.

- La SNCF a pris des engagements substantiels pour l'avenir. Les agences de voyages en ligne pourront commercialiser toutes les offres promotionnelles de la SNCF et permettre aux internautes d'imprimer eux-mêmes leur billet de train. Les voyageurs bénéficieront désormais des mêmes facilités (accès à toutes les promotions, impression du billet de train) quel que soit le canal utilisé.

- Grâce aux engagements pris par la SNCF, les agences de voyages seront désormais sur un pied d'égalité avec le site voyages-sncf.com pour vendre des billets de train : les voyageurs pourront bénéficier des mêmes promotions et des mêmes facilités que celles proposées sur le site marchand de la SNCF (Décision n° 09-D-06 du 5 février 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par la SNCF et Expedia Inc. dans le secteur de la vente de voyages en ligne).

B. L'influence historique du Conseil de la concurrence dans la régulation des TIC



L'influence du Conseil de la concurrence a été forte dans le secteur des télécommunications où la libéralisation du marché a suscité de nombreux conflits. Le Conseil de la concurrence a infligé des sanctions importantes pour sanctionner les abus de position dominante réalisés par l'opérateur historique lors de l'ouverture des marchés à la concurrence et les ententes illicites sur les prix des opérateurs de téléphonie mobile.

- 534 millions (30 novembre 2005) : les opérateurs de téléphonie mobile SFR, Bouygues Télécom et Orange pour entente illicite. Cette décision a été confirmée par la cour d'appel de Paris
- 80 millions (7 novembre 2005) : France Télécom est sanctionné pour abus de position dominante dans l'internet à haut débit (ADSL).
- 45 millions (15 octobre 2007) : France Télécom est condamné pour abus de position dominante dans l'internet pour la dixième fois depuis 1994.

Le Conseil de la concurrence a joué un rôle non négligeable dans la régulation du commerce électronique, secteur dans lequel différents acteurs ont pris des engagements de nature à réduire les comportements anti-concurrentiels. Dans les domaines de la vente en ligne des montres, des produits Hi-Fi et de la parapharmacie, le Conseil a accepté des engagements de la part de fabricants visant à faciliter la vente sur internet de leurs produits par les membres de leurs réseaux de distribution.

Le Conseil de la concurrence s'est également remarqué dans le cadre de décisions concernant des questions relatives à l'interopérabilité, notamment dans le cadre de sa décision sur les DRM mis en place par Apple (I-phone et I-Tunes).

Exemple : Exemples de l'influence du Conseil de la concurrence

Les conflits opposant France Télécom aux acteurs désireux d'entrer sur le marché de l'Internet à haut débit :

A plusieurs reprises, le Conseil de la Concurrence a joué un rôle déterminant dans les conflits opposant l'opérateur historique France Télécom aux acteurs désireux d'entrer sur le marché de l'Internet à haut débit, notamment pour accéder à la ressource essentielle que constituait la boucle locale en matière d'ADSL.

Ainsi, le 8 novembre 2005, le Conseil de la concurrence a infligé à France Télécom une sanction pécuniaire de 80 millions d'euros pour avoir abusé de sa position dominante en fermant à ses concurrents, jusqu'en octobre 2002, l'accès au marché de gros de l'Internet à haut débit par ADSL. cf : *Décision n° 05-D-59 du 7 novembre 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'Internet Haut débit.*



1. Les pratiques mises en œuvre par Apple dans le secteur du téléchargement de musique sur Internet.



Le Conseil de la Concurrence s'est prononcé sur la licéité de la pratique mise en œuvre par la société Apple consistant à restreindre les possibilités de téléchargement vers son célèbre baladeur iPod. La société Apple a mis au point un dispositif de gestion des droits numériques (DRM) intitulé Fairplay, destiné à être utilisé avec son baladeur iPod. Ultérieurement, la société VirginMega a lancé une plate-forme Internet permettant de télécharger des titres musicaux. Souhaitant pouvoir assurer la compatibilité entre les titres qu'elle mettait à disposition sur sa plate-forme et les baladeurs iPod, cette dernière a demandé à la société Apple de bénéficier d'une licence de manière à avoir accès à la technologie Fairplay. Le refus opposé par Apple avait pour conséquence de priver les propriétaires d'iPod de la possibilité de transférer directement sur leurs baladeurs les titres téléchargés à partir de la plate-forme VirginMega. La *décision n° 04-D-54 du 9 novembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Apple Computer, Inc. dans les secteurs du téléchargement de musique sur Internet et des baladeurs numériques* fait l'objet d'un commentaire de Maître Frédéric Sardain, avocat au barreau de Paris, dans le cadre de l'interview réalisée pour le C2i métiers du droit le 11 septembre 2009 (cf : VIDEO).

2. Les exclusivités stipulées par les opérateurs de téléphonie mobile : la commercialisation de l'i-phone

Le Conseil de la concurrence a été saisi en septembre 2008 par Bouygues Télécom d'une plainte à l'encontre de pratiques mises en œuvre par Orange et Apple pour la commercialisation de l'iPhone en France. Le Conseil de la concurrence a estimé que l'exclusivité d'Orange sur l'iPhone était de nature à introduire un nouveau facteur de rigidité dans un secteur qui souffrait déjà d'un déficit de concurrence.



Constatant que l'exclusivité accordée par Apple au premier opérateur mobile français portait sur une période très longue (cinq ans, même si Apple pouvait mettre fin au contrat au bout de trois ans) et concernait non seulement les modèles d'iPhone déjà en vente mais aussi ceux qui pourraient être mis sur le marché au cours de la durée du contrat, que cette exclusivité était de plus verrouillée par les obstacles mis à la vente d'iPhone « nus », le Conseil de la concurrence a estimé que l'exclusivité, dans les conditions où elle avait été négociée, était, à ce stade de l'instruction, susceptible d'être prohibée par les règles communautaires et nationales de concurrence et de nature à porter une atteinte grave et immédiate à la concurrence sur le marché des mobiles et aux consommateurs.

Le Conseil a décidé de prononcer des mesures conservatoires dans l'attente de sa décision au fond (*Décision n° 08-M-01 du 17 décembre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans la distribution des iPhones*).

3. La régulation de la distribution sélective sur le réseau Internet :

Le Conseil de la concurrence a contribué de manière très active à définir des axes de régulation du commerce électronique, notamment en ce qui concerne les aspects liés aux problèmes de distribution sélective sur le réseau Internet. Sans remettre en cause le principe de la distribution sélective, le Conseil de la concurrence a, après s'être auto-saisi en 2006, exprimé des préoccupations de concurrence vis-à-vis du principe d'interdiction de vente en ligne imposé aux distributeurs agréés. Dix sociétés s'étaient engagées devant le Conseil à modifier leurs contrats afin de concilier le respect de leur image, la garantie de la qualité de leurs produits et l'accès des distributeurs agréés à ce canal de distribution dynamique. La procédure avait alors été close à leur rencontre au mois de mars 2007 (voir le communiqué de presse du 8 mars 2007).

Dans sa *Décision n° 88-D-25 du 29 octobre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans la distribution de produits para-pharmaceutiques sur Internet* le Conseil de la Concurrence a ordonné au Groupe Pierre Fabre Dermo-cosmétique de modifier ses contrats pour autoriser son réseau de distribution sélective à vendre ses produits en ligne. Il a estimé

contraire au droit de la concurrence l'interdiction faite par la société Pierre Fabre Dermo-cosmétique, à ses distributeurs agréés, de vendre des produits des marques Klorane, Avène, Ducray et Galénic sur Internet. Le Conseil a enjoint à la société Pierre Fabre Dermo-cosmétique de supprimer, dans ses contrats de distribution sélective, toutes les mentions équivalant à une interdiction de vente sur Internet de ses produits cosmétiques.

§3. La régulation économique opérée par la commission européenne

A. L'importance de la régulation économique opérée par la Commission européenne

Elle s'explique naturellement par la nature des missions confiée à ce régulateur européen. Juridiquement, c'est la Commission européenne, en tant que gardienne des traités, qui veille à l'objectif de construction du marché intérieur et qui est donc le régulateur européen naturel d'un secteur comme celui des TIC. La Commission européenne apparaît ainsi comme "le gendarme de la concurrence" ou "gendarme de Bruxelles".



Elle apparaît très nettement à travers plusieurs décisions marquantes qui ont défrayé la chronique juridique et médiatique. Parmi les affaires marquantes traitées par la Commission européenne en matière de TIC, l'affaire Microsoft reste sans doute la plus emblématique. Si elle est exemplaire des problèmes rencontrés en matière de nouvelles technologies (notamment en ce qu'elle pose le problème de l'interopérabilité), elle n'est cependant pas la seule affaire qui mérite d'être connue par les étudiants du C2i Métiers du Droit...

La nécessité de la régulation économique, au niveau européen, apparaît particulièrement prégnante dans le secteur des TIC du fait de certains facteurs particuliers :



- certains secteurs des TIC se sont ouverts très récemment à la concurrence et l'influence des opérateurs historiques se révèle source de tensions
- certains pans de l'économie numérique européenne présentent encore un caractère très administré (notamment le secteur audiovisuel : quotas de diffusion, obligations d'investissement des chaînes de télévision dans le cinéma, aides d'Etat, etc.)
- des enjeux importants sont attachés à des ressources immatérielles essentielles (problème de l'interopérabilité des systèmes informatiques, notamment)

La Commission européenne a, à plusieurs reprises, prononcé des amendes records dans le secteur de l'économie numérique dans des affaires à fort retentissement médiatique (affaires Nintendo, Microsoft et Intel) qui illustrent l'importance de la régulation économique en matière de TIC. Parmi les amendes les plus lourdes du gendarme européen de la concurrence BRUXELLES

- Intel (Etats-Unis) 1,06 milliard d'euros (2009)
- Microsoft (Etats-Unis) 899 millions d'euros (2008)
- Microsoft (Etats-Unis) 497 millions d'euros (2004)

B. Quelques affaires marquantes traitées par la commission européenne en matière de tic

1. La médiatique affaire MICROSOFT

La Commission européenne a finalement retenu deux griefs fondés sur la violation de l'article 82 du Traité CE, qui interdit les abus de position dominante. En effet, la Commission, après avoir constaté que Microsoft détenait une position dominante sur le marché des systèmes d'exploitation pour PC (90 % de part de marché) et des systèmes d'exploitation pour serveurs pour groupes de travail (60 % de part de marché), considère que les deux comportements suivants constituent un abus :



• **Le refus, opposé par Microsoft à ses concurrents, de fournir les informations relatives à l'interopérabilité** entre le système d'exploitation pour PC Windows et les différents systèmes d'exploitation pour serveurs pour groupes de travail et de leur en autoriser l'usage pour développer des produits concurrents sur le marché des systèmes d'exploitation pour ce type de serveurs. La Commission considère qu'un tel comportement est de nature à éliminer toute concurrence

sur le marché des systèmes d'exploitation pour serveurs pour groupes de travail et qu'il a un effet négatif sur le développement technique, ainsi que sur le bien-être du consommateur. Elle considère, en effet, que nonobstant l'existence de droits de propriété intellectuelle sur tout ou partie de ces informations, Microsoft se trouve, du fait de sa position quasi-monopolistique et de l'absence de solutions alternatives permettant aux concurrents de développer leurs produits, dans une situation exceptionnelle dans laquelle elle doit obligatoirement faire droit aux demandes de ses concurrents, sauf à pouvoir faire état de circonstances objectives justifiant son refus.

• **Le fait d'avoir subordonné la fourniture du système d'exploitation pour PC Windows à l'acquisition simultanée du logiciel** lecteur multimédia Windows Media Player, restreignant ainsi la concurrence sur le marché des lecteurs multimédia. Il s'agit d'un grief bien connu en droit de la concurrence, dit de vente liée. Ce qui est reproché à l'entreprise est de se servir de sa position de quasi-exclusivité sur le marché des systèmes d'exploitation pour PC, pour évincer de facto ses concurrents sur un autre marché de produits, à savoir celui des lecteurs multimédia en liant la vente de deux produits distincts, limitant ainsi la liberté de choix du consommateur entre les différents types de lecteurs multimédia.

• L'affaire Microsoft fait l'objet d'un commentaire de *Maître Frédéric Sardain*, dans le cadre de l'interview réalisée pour le C2i métiers du droit le 11 septembre 2009.

2. Lorsque la Commission européenne cherche des puces à INTEL

Lorsque la Commission européenne cherche des puces à INTEL : 1,06 milliards d'euros d'amendes pour le numéro un mondial des microprocesseurs.



Le 13 mai 2009 la Commission européenne a condamné la société INTEL à une amende record de 1,06 milliard d'euros, sanctionnant les comportements anticoncurrentiels de cette dernière sur le marché des microprocesseurs x86, et reconnaissant ainsi le préjudice considérable subi par les consommateurs. Dans sa décision, la Commission précise qu'Intel s'est rendue coupable de deux types d'abus de position dominante sur le marché des processeurs sur PC afin d'écartier son concurrent américain AMD.

• Premièrement, elle accordait des remises intégralement ou partiellement occultes aux fabricants d'ordinateurs à la condition qu'ils lui achètent la totalité ou la quasi-totalité des processeurs x86 dont ils avaient besoin. Intel a aussi effectué des paiements directs en faveur d'un grand distributeur à la condition qu'il ne vende que des ordinateurs équipés de processeurs x86. Ces remises et paiements ont effectivement empêché les clients - et, en fin de compte, les consommateurs - de se tourner vers des produits alternatifs.

• Deuxièmement, Intel a effectué des paiements directs en faveur des fabricants d'ordinateurs dans le but d'arrêter ou de retarder le lancement de produits spécifiques contenant des processeurs x86 de concurrents et de limiter les circuits de vente utilisés pour ces produits.

3. "Super-Mario" Monti, le commissaire européen ami des amateurs des consoles Nintendo !

La Commission européenne a infligé une amende d'un montant total de 167,8 millions d'euros au producteur japonais de jeux vidéo Nintendo et à sept de ses distributeurs officiels en Europe pour s'être entendus en vue d'empêcher les exportations de pays à bas prix vers des pays à prix élevés.



• L'amende infligée à Nintendo elle-même a été fixée à 149 millions d'euros, soit quasiment toute l'amende, afin de refléter sa taille sur le marché en cause et le fait qu'elle a été le meneur dans le comportement illégal, et parce qu'elle a poursuivi l'infraction même après avoir été informée que l'enquête était en cours.

• Les prix des consoles et des jeux ont varié considérablement d'un pays à l'autre au sein de l'Union européenne au cours de la période examinée par la Commission: les mêmes produits ont coûté jusqu'à 65 % de moins au Royaume-Uni qu'en Allemagne et aux Pays-Bas.

• Chaque année, des millions de familles européennes consacrent des sommes importantes aux jeux vidéo. Elles ont le droit d'acheter les jeux et les consoles au prix le moins élevé que le marché peut leur offrir, et nous ne tolérerons pas de comportements collusoires destinés à maintenir des prix artificiellement élevés a déclaré Mario Monti, le commissaire européen chargé de la concurrence.

Attention : Pour conclure...

Les autorités de la concurrence jouent un rôle déterminant pour réguler les TIC. Elles permettent d'assurer, de manière transversale, une régulation économique adaptée au phénomène de convergence qui caractérise ce secteur. Ce contrôle

complète heureusement le contrôle sectoriel opéré en France par les AAI et permet de réaliser une convergence sur le plan européen des approches de la régulation économiques en matière de TIC. Ainsi que l'observe Laurent COHEN-TANUGI, "le droit de la concurrence tend ainsi à devenir un sorte de "nouvel universel" de la régulation, particulièrement pertinent dans une économie numérique fortement concentrée et riche en dispositifs d'exclusivité de toutes sortes, où les garanties d'ouverture, d'accès, d'interconnexion et d'interopérabilité revêtent donc une importance stratégique essentielle" (L. COHEN-TANUGI, *Quelle régulation en Europe pour l'ère de la convergence ?*)

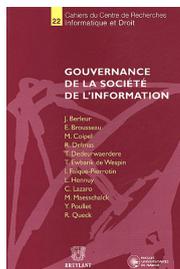
Pour aller plus loin :

Webographie :

- L. COHEN-TANUGI, *Quelle régulation en Europe pour l'ère de la convergence ?*
- L. COHEN-TANUGI, *Le droit de la concurrence régulateur de l'économie numérique ?*
- G. DANG N'GUYEN, *Internet et la délimitation des marchés pertinents : un point de vue économique*
- C. HOCEPIED, *La politique européenne de la concurrence face à la convergence*
- P. MESSERLIN, *Innovation technologique et théorie de la concurrence.*

Section 5. Les enjeux techniques de la régulation des TIC

La gouvernance de la société de l'information



Depuis 2003, la gouvernance d'Internet est débattue au travers les sommets mondiaux de la société de l'information (SMSI). Selon la définition du groupe de travail sur la gouvernance d'Internet, il faut entendre par « gouvernance de l'Internet » l'élaboration et l'application par les États, le secteur privé, et la société civile, dans le cadre de leurs rôles respectifs, de principes, normes, règles, procédures de prise de décisions et programmes communs propres à modeler l'évolution et l'usage de l'Internet.

La « Gouvernance des Systèmes d'Information » ou « Gouvernance informatique » (en anglais « IT governance ») doit permettre de gérer les accès aux ressources informatiques (attribution des adresses IP, définition des noms de domaines...). Elle soulève notamment le thème récurrent de la mainmise du gouvernement américain sur les serveurs racine (serveurs centraux) du système de noms de domaine régissant le fonctionnement même d'Internet.

§1. Enjeux techniques, enjeux politiques

A. "Code is law and architecture is politics"

"Le code informatique c'est la loi et son architecture est politique"

- Selon la désormais fameuse formule de Lawrence Lessig (« le code informatique c'est la loi... et son architecture est politique »), la technologie n'est pas neutre. Le célèbre juriste américain a démontré que l'architecture du réseau est porteuse d'un message politique.



- Selon qu'elle fait place aux principes d'ouverture, d'interopérabilité des ressources technologiques et de neutralité du réseau du transport des informations ou selon qu'elle obéit à des mécanismes de cryptage, de filtrage ou de labellisation pour discriminer des contenus ou des protocoles, la technologie n'est pas neutre.

B. "Code and other laws of cyberspace"



Lawrence Lessig est professeur à Stanford Law School (Université Stanford, Californie) où il a fondé le Center for Internet and Society. Spécialiste de droit constitutionnel et de droit de la propriété intellectuelle, il est un important défenseur de la culture libre.

Conseiller du juge Jackson dans le procès Microsoft, Lawrence Lessig a publié en octobre 1999 "Code and other laws of cyberspace". L'ouvrage est devenu une référence dans les débats sur la régulation de l'Internet. Lawrence Lessig est également l'auteur de "Free culture" (Culture libre : comment les média utilisent la technologie et la loi pour confisquer la culture et contrôler la créativité).

C. La théorie normative de Lawrence Lessig

Selon Lawrence Lessig, lorsqu'une société veut encadrer les conduites des individus qui la composent, elle dispose de quatre moyens d'action :

- la loi
- l'économie
- la morale
- le "code" technique. Ce concept est assez complexe, mais Lawrence Lessig l'éclaire grâce à un exemple très concret : la lutte contre le tabagisme.



D. Le "code technique"



Lawrence Lessig observe que la régulation du tabagisme peut s'organiser selon quatre modalités, indépendantes ou associées :

- a) la loi interdit de fumer (cas classique de régulation directe par la loi)
 - b) la loi augmente le prix de la cigarette de façon prohibitive (régulation indirecte par la taxation)
- c) la loi organise des campagnes de sensibilisation qui entretiennent le sentiment que fumer est mauvais pour la santé (régulation indirecte par l'influence de la norme sociale)
 - d) la loi réglemente la teneur en nicotine des cigarettes pour réduire la dépendance ou dote les cigarettes d'un goût désagréable (régulation par le "code" des cigarettes)

E. Les dangers de la régulation par le "code" selon Lawrence Lessig

Ce mode de régulation purement objectif (on place des verrous) n'implique pas l'intériorisation de la norme par le citoyen et il **manque de transparence** (parce qu'il repose sur la maîtrise d'enjeux techniques, il risque d'échapper à l'esprit critique).



Ce mode de régulation repose sur un processus dangereux car la régulation technique mise en place risque d'avoir une portée plus large que celle initialement prévue (exemple : un système de filtrage des contenus pour les enfants peut aboutir, à travers la mise en place d'une carte d'identité numérique, à un système de **contrôle bien plus discriminant** que celui recherché).

Lawrence Lessig craint qu'en généralisant l'identité numérique, les Etats ne cherchent à préserver leur part de souveraineté dans le cyberspace (exemple de la législation sur les casinos) et que l'Internet de demain ne soit menacé par l'apparition de cyberfrontières (phénomène du "zoning" du Net).

Pour approfondir, lire l'article de Stéphane Desrochers : *Lawrence Lessig, étude de la paternité d'une théorie normative du Cyberspace.*

Texte légal : La définition des mesures techniques par l'article L331-5 du Code de la propriété intellectuelle

Article L331-5 du Code de la propriété intellectuelle

Créé par Loi n°2006-961 du 1 août 2006 - art. 13 JORF 3 août 2006

Modifié par LOI n°2009-669 du 12 juin 2009 - art. 2

"Les mesures techniques efficaces destinées à empêcher ou à limiter les utilisations non autorisées par les titulaires d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur d'une œuvre, autre qu'un logiciel, d'une interprétation, d'un phonogramme, d'un vidéogramme ou d'un programme sont protégées dans les conditions prévues au présent titre.

On entend par mesure technique au sens du premier alinéa toute technologie, dispositif, composant qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, accomplit la fonction prévue par cet alinéa. Ces mesures techniques sont réputées efficaces lorsqu'une utilisation visée au même alinéa est contrôlée par les titulaires de droits grâce à l'application d'un code d'accès, d'un procédé de protection tel que le cryptage, le brouillage ou toute autre transformation de l'objet de la protection ou d'un mécanisme de contrôle de la copie qui atteint cet objectif de protection.

Un protocole, un format, une méthode de cryptage, de brouillage ou de transformation ne constitue pas en tant que tel une mesure technique au sens du présent article.

Les mesures techniques ne doivent pas avoir pour effet d'empêcher la mise en œuvre effective de l'interopérabilité, dans le respect du droit d'auteur. Les fournisseurs de mesures techniques donnent l'accès aux informations essentielles à

l'interopérabilité dans les conditions définies au 1° de l'article L. 331-39 et à l'article L. 331-40.

Les dispositions du présent chapitre ne remettent pas en cause la protection juridique résultant des articles 79-1 à 79-6 et de l'article 95 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

Les mesures techniques ne peuvent s'opposer au libre usage de l'œuvre ou de l'objet protégé dans les limites des droits prévus par le présent code, ainsi que de ceux accordés par les détenteurs de droits.

Les dispositions du présent article s'appliquent sans préjudice des dispositions de l'article L. 122-6-1 du présent code."

Le Sommet mondial sur la Société de l'Information (WSIS) de Genève en 2003 a défini des objectifs clairs au niveau de la normalisation TIC en demandant « l'élaboration et l'utilisation de normes ouvertes, compatibles, non discriminatoires et axées sur la demande qui tiennent compte des besoins des usagers et des consommateurs ».

F. Le concept d'interopérabilité des ressources technologiques et des contenus

On entend par interopérabilité la capacité à rendre compatibles deux systèmes quelconques. L'interopérabilité nécessite que les informations nécessaires à sa mise en œuvre soient disponibles sous la forme de standards ouverts. Le principe de neutralité du réseau vis-à-vis du transport des informations.



Le frein majeur à une interopérabilité optimale est l'utilisation dans des matériels et logiciels de formats dont seuls leurs concepteurs auraient les clefs. Cette fermeture est souvent volontaire car elle vise, dans le cas d'un format de fichier propriétaire, à s'assurer qu'un utilisateur n'utilisera pas un autre logiciel pour lire ses données. À moins d'avoir obtenu les spécifications du format auprès du concepteur, il est nécessaire d'avoir recours à la rétro-ingénierie, pour en reconstituer les spécifications et pour pouvoir développer des outils compatibles.

La notion d'interopérabilité vous est expliquée dans la VIDEO de l'interview de *Maître Frédéric Sardain*, avocat au barreau de Paris, réalisée pour le C2i métiers du droit le 11 septembre 2009.

G. Le concept de la neutralité des réseaux

Le concept part du principe que les architectes et opérateurs réseau ne doivent effectuer aucune restriction ou discrimination entre les applications utilisées sur ces réseaux et les contenus (pages, fichiers, mails...) transportés sur les réseaux.

Une particularité de l'Internet, liée à sa conception initiale, est d'assurer une séparation entre les fonctions de transport et les fonctions de traitement de l'information (**principe dit du « end to end » ou architecture de bout en bout**) : toute donnée doit être traitée de la même manière entre son point de départ et son point d'arrivée : c'est le principe de la neutralité.

La neutralité vise notamment à empêcher la création d'un Internet à plusieurs vitesses ; elle permet d'éviter que les opérateurs privilégient des mails, des services, des internautes meilleurs clients, identifiés selon leur comportement, leur langue, leur pays d'origine. privé et payant ; les consommateurs doivent pouvoir utiliser les périphériques de leur choix...

Texte légal : L'article L331-40 du code de la propriété intellectuelle sur l'interopérabilité

Article L331-40 du code de la propriété intellectuelle

"Tout éditeur de logiciel, tout fabricant de système technique et tout exploitant de service peut, en cas de refus d'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité, demander à la Haute Autorité de garantir l'interopérabilité des systèmes et des services existants, dans le respect des droits des parties, et d'obtenir du titulaire des droits sur la mesure technique les informations essentielles à cette interopérabilité. A compter de sa saisine, la Haute Autorité dispose d'un délai de deux mois pour rendre sa décision.

On entend par informations essentielles à l'interopérabilité la documentation technique et les interfaces de programmation nécessaires pour permettre à un dispositif technique d'accéder, y compris dans un standard ouvert au sens de l'article 4 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, à une œuvre ou à un objet protégé par une mesure technique et aux informations sous forme électronique jointes, dans le respect des conditions d'utilisation de l'œuvre ou de l'objet protégé qui ont été définies à l'origine.

Le titulaire des droits sur la mesure technique ne peut imposer au bénéficiaire de renoncer à la publication du code source et de la documentation technique de son logiciel indépendant et interopérant que s'il apporte la preuve que celle-ci aurait pour effet de porter gravement atteinte à la sécurité et à l'efficacité de ladite mesure technique.

La Haute Autorité peut accepter des engagements proposés par les parties et de nature à mettre un terme aux pratiques contraires à l'interopérabilité. A défaut d'un accord entre les parties et après avoir mis les intéressés à même de présenter leurs observations, elle rend une décision motivée de rejet de la demande ou émet une injonction prescrivant, au besoin sous astreinte, les conditions dans lesquelles le demandeur peut obtenir l'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité et les engagements qu'il doit respecter pour garantir l'efficacité et l'intégrité de la mesure technique, ainsi que les conditions d'accès et d'usage du contenu protégé. L'astreinte prononcée par la Haute Autorité est liquidée par cette dernière.

La Haute Autorité a le pouvoir d'infliger une sanction pécuniaire applicable soit en cas d'inexécution de ses injonctions, soit en cas de non-respect des engagements qu'elle a acceptés. Chaque sanction pécuniaire est proportionnée à l'importance du dommage causé aux intéressés, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné et à l'éventuelle réitération des pratiques contraires à l'interopérabilité. Elle est déterminée individuellement et de façon motivée. Son montant maximum s'élève à 5 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques contraires à l'interopérabilité ont été mises en œuvre dans le cas d'une entreprise et à 1, 5 million d'euros dans les autres cas.

Les décisions de la Haute Autorité sont rendues publiques dans le respect des secrets protégés par la loi. Elles sont notifiées aux parties qui peuvent introduire un recours devant la cour d'appel de Paris. Le recours a un effet suspensif.

Le président de la Haute Autorité saisit l'Autorité de la concurrence des abus de position dominante et des pratiques entravant le libre exercice de la concurrence dont il pourrait avoir connaissance dans le secteur des mesures techniques. Cette saisine peut être introduite dans le cadre d'une procédure d'urgence, dans les conditions prévues à l'article L. 464-1 du code de commerce. Le président de la Haute Autorité peut également le saisir, pour avis, de toute autre question relevant de sa compétence. L'Autorité de la concurrence communique à la Haute Autorité toute saisine entrant dans le champ de compétence de celle-ci et recueille son avis sur les pratiques dont il est saisi dans le secteur."

§2. Enjeux techniques, enjeux publics

La technique représente un facteur essentiel de la normalisation

La dimension normative de la technique peut constituer une forme insidieuse de régulation, soulevant un vrai problème de déficit démocratique.

La technique représente un facteur essentiel de la normalisation des comportements dans les environnements dématérialisés. Les choix techniques opérés au niveau de l'infrastructure déterminent les usages dans la mesure où la technologie impose ses contraintes aux flux d'informations (en créant, par exemple, une infrastructure d'identification obligatoire ou un protocole de filtrage du contenu).

Les choix effectués (standards techniques, logiciels, protocole de transmissions ou de filtrage, etc.) constituent une forme de *Lex Informatica*. Alors que la Netiquette s'est développée sur la base d'un consensus entre des participants aux discussions sur l'Internet (*Lex interautica*), l'élaboration de la *Lex Informatica* ne dépend pas de la participation de tous les acteurs de l'Internet, ce qui pose la question de sa légitimité.

Attention : La normalisation technique est souvent réalisée par des instances privées.

Bien qu'elles ne possèdent a priori que des compétences techniques, les instances privées de normalisation technique détiennent un pouvoir normatif important parce qu'elles déterminent des spécificités techniques qui s'imposent aux activités liées aux TIC (l'attribution de noms de domaines, l'adressage d'Internet, la définition de protocoles techniques de filtrage des contenus...). On qualifie d'ailleurs souvent l'organisation dédiée à la standardisation technique du réseau de "**gouvernance de l'internet**".

Les structures associatives internationales jouent ainsi un rôle majeur dans l'organisation et le fonctionnement du réseau internet. Les principales organisations privées qui déterminent les spécificités techniques du réseau sont :

- L'*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN)
- L'*Internet society* (Isc)
- Le *World Wide Web Consortium* (W3C)

Le contrôle que l'ICANN exerce sur l'affectation des noms de domaines de premier niveau fait l'objet de vives controverses liées notamment à son organisation et à ses liens avec l'administration américaine.

L'*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN)* est une autorité de "régulation" de l'Internet créée en novembre 1998 à l'initiative du gouvernement américain, pour assurer une coordination (gouvernance) mondiale nécessaire à la bonne gestion de certaines ressources liées au nommage et à l'adressage sur internet (délégation des noms de domaine de premier niveau, répartition mondiale des adresses IP, déploiement de certains protocoles liés au DNS, etc).



L'ICANN est une organisation internationale sans but lucratif de droit californien dont le rôle premier est d'allouer l'espace des adresses de protocole Internet (IP), d'attribuer les identificateurs de protocole, de gérer le système de noms de domaine de premier niveau pour les codes génériques et les codes nationaux, et d'assurer les fonctions de gestion du système de serveurs racines.

La compétence de l'ICANN est mondiale et ses décisions s'imposent de fait aux États, alors même qu'elle est de droit californien, se trouve soumise de ce fait à l'Attorney general (ministre de la Justice) de cet État et relève en dernière instance du département américain du Commerce. Aussi, de nombreux pays aimeraient que la fonction dévolue actuellement à l'ICANN soit prise en charge par un organisme dirigé par l'ONU ou une autre organisation sous forme coopérative.

La commission européenne a demandé l'ouverture de négociations internationales sur la gestion du fonctionnement de (pour reprendre ses propres termes) ce "shériff du cyberspace".

La régulation des noms de domaines par l'ICANN fait l'objet d'un commentaire de *Maître Frédéric Sardain*, avocat au barreau de Paris, dans le cadre de l'interview réalisée pour le C2i métiers du droit le 11 septembre 2009.

L'ISOC est une association de droit américain à vocation internationale créée en janvier 1992 par les pionniers de l'Internet pour promouvoir et coordonner le développement des réseaux informatiques dans le monde.



L'*Internet Society (ISOC)* supporte les normes issues des travaux de l'Internet Engineering Task Force. L'IETF regroupe des ingénieurs et chercheurs du monde entier. Ils sont chargés de faire évoluer les standards de communication en prônant le consensus et la démonstration de solutions opérationnelles.

L'association regroupe 28 000 membres (personnes physiques) venant de 180 pays. Une grande partie du financement de l'ISOC provient des organisations membres, de l'organisation des 3 conférences annuelles de l'IETF, et du Public Internet Registry (PIR) qui est l'organisme sous contrôle de l'ISOC chargé de gérer le domaine Internet « .org ».

L'*ISOC France* est une association (loi 1901) créée en mars 1996. Chaque membre du Chapitre français est en même temps membre de l'Internet Society Worldwide. Les objectifs du Chapitre français sont de favoriser une présence française forte sur le Net et d'assurer la promotion du multi-culturalisme sur ce réseau. L'ISOC France s'attache "à préserver et à défendre les valeurs fondamentales de l'Internet que sont l'universalité, l'accessibilité, le respect des standards ouverts, la non discrimination du réseau et l'interopérabilité des solutions techniques". L'ISOC France défend "l'Internet pour tous, l'Internet par tous".

Le W3C est un organisme de normalisation à but non-lucratif, fondé en octobre 1994 comme un consortium chargé de promouvoir la compatibilité des technologies du World Wide Web

Le *World Wide Web Consortium (W3C)* Le W3C est un organisme de normalisation à but non-lucratif, fondé en octobre 1994 comme un consortium chargé de promouvoir la compatibilité des technologies du World Wide Web telles que HTML, XHTML, XML, RDF, CSS, PNG, SVG et SOAP. Le consortium W3C est chargé de réguler l'usage des langages de programmation web.



Le W3C n'émet pas des normes au sens européen, mais des recommandations à valeur de standards industriels. Le W3C a été fondé par Tim Berners-Lee après avoir quitté l'Organisation européenne pour la recherche nucléaire (Cern) en octobre 1994.

Il a été fondé au MIT/LCS (Massachusetts Institute of Technology / Laboratory for Computer Science) avec le soutien de l'organisme de défense américain DARPA - pionnier de l'Internet - et la Commission européenne. En avril 1995 l'Institut national de recherche en informatique et en automatique (Inria) devient le représentant du W3C en Europe, tandis que l'université japonaise Keio University devient le représentant du W3C en Asie en septembre 1996. Le W3C a créé de nombreux bureaux régionaux dans le monde. En janvier 2003, son représentant européen est transféré de l'Inria au consortium ERCIM. Le W3C est supervisé par son fondateur Tim Berners-Lee, le principal créateur du protocole URL, de

l'HTTP, et de l'HTML.

La commission européenne plaide pour une gouvernance ouverte, indépendante et responsable de l'Internet

La Commission européenne a appelé, dans un document stratégique ("*La Commission européenne plaide pour une gouvernance ouverte, indépendante et responsable de l'internet*") à plus de transparence et de responsabilité multilatérale dans la gouvernance de l'internet.



La Commission estime "qu'il convient de maintenir le rôle d'initiative du secteur privé dans la gestion du fonctionnement quotidien de l'internet, à condition que les instances responsables soient indépendantes et rendent compte de leurs actions. Elle considère également que les décisions concernant l'internet, en particulier en matière d'ouverture et de sécurité, doivent se prendre d'une manière transparente et responsable parce qu'elles touchent le monde entier".

Les activités de l'ICANN sont régies par un projet d'accord commun (Joint Project Agreement ou JPA) qui prend fin le 30 septembre 2009. Selon la Commission européenne, les futures dispositions en matière de gouvernance de l'internet devront tenir compte du rôle essentiel que le réseau mondial joue désormais pour tous les pays.

Viviane Reding, membre de la Commission européenne chargée de la société de l'information et des médias, a déclaré: «L'ICANN se trouvera bientôt à un moment décisif de son histoire. Deviendra-t-il un organisme totalement indépendant rendant compte de ses décisions vis-à-vis de l'ensemble de la communauté internationale de l'internet? C'est le scénario sur lequel tablent les Européens et que nous privilégierons. J'invite les États-Unis à unir leurs efforts à ceux de l'Union européenne dans cette optique.»

L'ICANN, une "institution" très critiquée



La planète compte actuellement 1,5 milliard d'internautes, dont 300 millions dans les 27 États membres de l'Union européenne. Pour l'heure, c'est l'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN), un organisme privé établi aux États-Unis, qui assure la coordination des éléments constitutifs de l'internet.

Les activités de l'ICANN sont régies par un projet d'accord commun (Joint Project Agreement ou JPA) qui prend fin le 30 septembre 2009.

Le gouvernement des États-Unis est le seul organe disposant d'un droit de regard officiel sur les politiques et les activités de l'ICANN depuis sa mise sur pied en 1998.

§3. Enjeux techniques, enjeux pratiques

A. Vous circulez sur les autoroutes de l'information

La métaphore des autoroutes de l'information appartient à l'histoire des TIC.

La métaphore permet d'assimiler la circulation des informations numériques à celles des véhicules sur des routes. Le réseau physique de l'Internet présente les caractéristiques d'un réseau autoroutier avec des autoroutes, des routes nationales, des routes locales. Ces autoroutes électroniques doivent permettre d'accéder à l'information.



La Commission générale de terminologie et de néologie (JO 16 mars 1999) retient cette définition des autoroutes de l'information: "Structure constituée par des moyens de télécommunications et d'informations interconnectées, qui permet d'offrir à un très grand nombre d'utilisateurs de multiples services, en général à débit élevé, y compris des services audiovisuels".

B. Qui opère la circulation sur ces autoroutes de l'information ?



Sur les autoroutes de l'information, la circulation des informations est dirigée au niveau mondial par un seul système de routage et d'attribution d'adresses. Et ce système est géré par un organisme privé californien, placé sous l'autorité du gouvernement américain : L'ICANN. Le réseau mondial se trouve placé sous l'autorité du "shérif du cyberspace".

Le fait que la sécurité mondiale des réseaux et des systèmes d'information puisse être aux mains d'une organisation dominée par le gouvernement américain inquiète...

Il convient de s'interroger sur les moyens d'améliorer les capacités de réaction de l'internet en cas de défaillance accidentelle ou d'attaque délibérée. Car le site Internet de l'ICANN a déjà été piraté par un pirate informatique indiquant être membre du groupe NetDevils (une équipe de barbouilleurs numériques). Il a laissé, lors de son passage, le message suivant : "Vous pensez que vous contrôlez les noms de domaine, mais vous ne le faites pas ! Tout le monde se trompe. Nous contrôlons les noms de domaine y compris l'Icann. Vous ne nous croyez pas ?".

L'organisation privée à but non lucratif placée sous la tutelle du département du commerce américain, supervise centralise au niveau mondial les adresses IP et les extensions de domaines (.com, .net, .fr...). Jusqu'ici, le nombre des extensions génériques a été volontairement restreint à 21. Ainsi, la proposition d'introduire une extension.xxx pour les sites pornographiques a été refusée, sous la pression des lobbies conservateurs. Cette limitation arbitraire du nombre des noms de domaine est contestée. Le fait que les suffixes correspondent tous à des suffixes de langue anglaise est également critiqué.

C. Peut-on flasher l'adresse IP des "chauffards de l'Internet" ?

A propos du projet de loi relatif à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet, le Ministre de la culture déclarait, le 1er juillet 2009 : "il s'agit seulement de repérer les chauffards d'Internet et d'apporter les sanctions appropriées à leur comportement... on ôte bien leur permis de conduire aux chauffards".



De fait, le système de la riposte graduée implique, en amont, un dispositif technique ayant le pouvoir de "flasher" une adresse IP de l'internaute qui télécharge de manière excessive, à l'image du radar qui flashe les excès de vitesse.

Le mécanisme prévu par la loi "Hadopi II" rappelle la procédure mise en place pour les contraventions pour excès de vitesse (transmission des contraventions par voie postale, utilisation de la procédure simplifiée).

D. Peut-il exister des voies rapides et payantes sur l'Internet ?



Certains opérateurs de l'Internet réclament la possibilité d'ouvrir des voies plus rapides et payantes sur le réseau, afin que leurs informations soient transportées prioritairement. Des dispositions législatives pour permettre un service à deux vitesses ont été suggérées par de grands opérateurs comme AT&T, Bell South et Verizon Communications qui souhaitent offrir des services à très large bande à des entreprises prêtes à verser une « prime vitesse » pour certains diffuser des contenus, tels que la vidéo à la demande.

Les partisans de la neutralité du Net (qui réunissent des représentants aussi divers que le pionnier de l'Internet Vint Cerf et des acteurs marchands tels que Amazon, eBay et Google) estiment qu'introduire un Internet à péage serait effectuer un virage qui risquerait de modifier l'internet pour toujours. Un des principes fondateurs du réseau réside dans l'universalité du service, menacé par un internet à deux vitesses.

Les défenseurs de la neutralité insistent sur le fait que «les progrès de l'Internet ne sont pas venus des grandes compagnies mais de petites sociétés comme eBay, Google à leurs débuts» (Craig Aaron, porte-parole de la coalition Save the Internet). «C'est parce que chacun est sur un pied d'égalité que ces innovations ont été possible... Si on retire la neutralité, on favorise ceux qui sont capables de payer plus.»

Attention : "Le code informatique c'est la loi et son architecture est politique"

La technologie n'est pas neutre. L'architecture du réseau Internet est porteuse d'un message politique, selon qu'elle fait place aux principes d'interopérabilité des ressources technologiques et de neutralité du réseau du transport des informations ou selon qu'elle obéit à des mécanismes de cryptage, de filtrage ou de labellisation pour discriminer des contenus ou des protocoles.

On entend par interopérabilité la capacité à rendre compatibles deux systèmes quelconques. L'interopérabilité nécessite que les informations nécessaires à sa mise en œuvre soient disponibles sous la forme de standards ouverts.

Le principe de neutralité est d'assurer une séparation entre les fonctions de transport et les fonctions de traitement de l'information (principe dit du « end to end » ou architecture de bout en bout) : toute donnée doit être traitée de la même

manière entre son point de départ et son point d'arrivée.

Méthode : Pour voyager plus loin...

- BENHAMOU Bernard et SORBIER Laurent, *Souveraineté et réseaux numériques*, Institut français des relations internationales, Politique étrangère 2006/3, pages 519 à 530.
- BENHAMOU Bernard, *Architecture de l'Internet, les enjeux du principe de neutralité (ou principe du End to End)*.
- BENHAMOU Bernard, *Politique et architecture de l'Internet : les enjeux de la gouvernance mondiale de l'Internet*.
- DESROCHERS Stéphane, *Lawrence Lessig, étude de la paternité d'une théorie normative du Cyberspace*.
- LESSIG Lawrence, *Blog*
- LESSIG Lawrence, *Culture Libre Comment les médias utilisent la technologie et la loi pour confisquer la culture et contrôler la créativité*, Traduction: Wikisource d'après Free Culture.
- LESSIG Lawrence, *L'Avenir des idées, Le sort des biens communs à l'heure des réseaux numériques*, Sciences des communications ISBN 2-7297-0772-7 Presses universitaires de Lyon, (traduction française de J.-B. Soufron et A. Bony).

Conclusion

Il n'existe pas une forme unique de régulation de la société de l'information mais plusieurs, qui s'exercent sur des territoires plus ou moins étendus et selon des modalités différentes.

- De fait, l'auto-régulation du réseau internet par la communauté des utilisateurs s'est imposée à travers le développement de la "Netiquette", posant au juriste la question de la force obligatoire de règles à caractère déontologique et éthique. Le jurisprudence a su distinguer, au sein de ces règles, celles qui relevaient de la simple courtoisie et celles qui étaient pourvues d'une force contraignante au titre des articles 1135 et 1382 du code civil, à propos de questions directement liées à l'usage des TIC (spamming, responsabilité des fournisseurs d'hébergement, création de liens hypertextes...).

- La régulation opérée par les associations et organismes internationaux a suscité quant à elle (et continue de susciter) des inquiétudes liées à la légitimité de modes de régulation du management technique des ressources de l'Internet, le cas le plus emblématique étant fourni par l'exemple très controversé de l'ICANN, qui soulève manifestement un problème de déficit démocratique.

- La co-régulation par le Forum des droits sur l'Internet propose un exemple national de gouvernance de l'Internet original, fondé sur un partenariat privé-public dont la valeur normative peut encore paraître incertaine, mais qui s'impose comme une référence en termes de sources d'information et de réflexion sur le droit des TIC.

- Enfin, en France, le contrôle des autorités administratives indépendantes sectorielles et de l'Autorité de la concurrence se complète et se superpose, au risque d'une insécurité juridique parfois critiquée par les opérateurs des différents marchés régulés.

Les TIC se présentant ainsi comme un terrain propice au développement de mécanismes de régulation. Elles favorisent **une réflexion renouvelée sur les problèmes des sources et de la légitimité des normes.**